Die Beistandschaft

nach Art. 392 und 393 ZGB

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doctor iuris utriusque

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Helene Pfander, Fürsprecherin,

von Bern

Bern — Gedruckt bei Stämpfli & Cie. — 1932

Die gleiche Arbeit ist erschienen als

Heft 79

der

„Abhandlungen zum schweizerischen Recht“, Neue Folge

begründet von † Prof. Dr. Max Gmür, herausgegeben von Dr. Theo Guhl, Professor der Rechte an der Universität Bern.

Bern — Stämpfli & Cie. — 1932

Die Beistandschaft

nach Art. 392 und 393 ZGB

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doctor iuris utriusque

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Helene Pfander, Fürsprecherin,
von Bern

Bern — Gedruckt bei Stämpfli & Cie. — 1932

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite

§ 1. Begriff der Beistandschaft; Abgrenzung von der Vormundschaft und Beiratschaft 1

A. Die Vertretungsbeistandschaft.

§ 2. Allgemeines 9
I. Ist die Aufzählung des Art. 392 abschliessend? . . . 10
II. Kann die Vormundschaftsbehörde, anstatt einen Beistand zu bestellen, selber die nötigen Handlungen vornehmen? 13
§ 3. Die Vertretungsbeistandschaft für eine mündige Person 16
§ 4. Die Beistandschaft als Ergänzung der gesetzlichen Vertretung 26
I. Verhinderung des gesetzlichen Vertreters 26
II. Interessenkollision zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem handlungsunfähigen Vertretenen 31
§ 5. Stellung und Tätigkeit des Vertretungsbeistandes . . . 38

B. Die Verwaltungsbeistandschaft.

§ 6. Allgemeine Voraussetzung der Verwaltungsbeistandschaft 48
§ 7. Die Beistandschaft für ein Vermögen, dessen persönliche Zugehörigkeit ungewiss ist 50
I. Die Beistandschaft für das Vermögen eines unbekannt Abwesenden 51
II. Die Beistandschaft wegen Ungewissheit der Erbfolge 53
III. Die Beistandschaft zur Wahrung der Interessen des Kindes vor der Geburt 59
§ 8. Die Beistandschaft für ein Vermögen, dessen Eigentümer zur Verwaltung unfähig ist 61
I. Die Verwaltungsbeistandschaft als subsidiäre Massnahme gegenüber der Vormundschaft 61
II. Die Verwaltungsbeistandschaft für eine juristische Person 69
§ 9. Stellung und Tätigkeit des Verwaltungsbeistandes . . 71
§ 10. Insbesondere: Die Beistandschaft für ein Sammelvermögen 87
I. Exkurs: Die rechtliche Natur des Sammelunternehmens 88
II. Die Beistandschaft. 104

Literatur.

Bäcker, Albert, Das öffentliche Sammelunternehmen. Diss Erlangen 1931.

Bartsch, Rechtliche Stellung des Sammelvermögens (Gutachten). Verhandlungen des 30. deutschen Juristentages *1* 154.

Becker, Obligationenrecht, I. Abteilung. Bern 1917.

Brinkmann, Hans, Altes und Neues über Sammelvermögen. Diss Berlin 1913.

Brunner, Max, Wesen und Bedeutung der englisch-amerikanischen Treuhand (Trust). Abhandlungen zum schweizerischen Recht, N. F., Heft 62.

Diamand, Werner, Vorläufige Vormundschaft und Gebrechlichkeitspflegschaft als Ersatzformen der Entmündigung. Heft 6 der Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens, herausgegeben von Nussbaum. Tübingen 1931.

Egger, Das Familienrecht. Zürich 1914.

— Das Personenrecht. 1. Auflage Zürich 1911; 2. Auflage Zürich 1930.

Escher, Das Erbrecht. Zürich 1912.

Fischbach, Das Sammelvermögen. Diss Strassburg 1907.

Gautschi, Erbenruf und Verschollenheit. JZ *23* 241.

Gerstle, Leo, Das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Privatrecht. Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 78.

Gmür, Die Anwendung des Rechts. Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 26.

Hefti, Hans, Die vormundschaftliche Amtsführung nach dem schweizerischen ZGB. Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 67.

Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB *1.* 1. Auflage Bern 1901; 2. Auflage Bern 1914.

Janssen, Kurt, Das Sammelvermögen im Lichte der Lehre vom Zweckrecht. Diss Greifswald 1911.

Kaufmann, Die Vormundschaft. Bern 1924.

Kleemann, Julius, Die Pflegschaft für ein Sammelvermögen. Diss Erlangen 1901.

Lampert, Die kirchlichen Stiftungen, Anstalten und Körperschaften nach schweizerischem Recht. Zürich 1912.

Leemann, Sachenrecht, II. Abteilung. Bern 1925.

Lüscher, Hans, Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe. Diss Bern 1917.

Müller, Das öffentliche Inventar im Vormundschaftsrecht. ZBJV *60* 1.

Oser, Das Obligationenrecht. Zürich 1929.

Ostertag, Sachenrecht, III. Abteilung. Bern 1917.

Pagel, Zur Lehre von der Rechtsfähigkeit. Archiv für bürgerliches Recht *42* 242.

Pfeiffer, K., Die Einwilligung zu chirurgischen Operationen nach dem ZGB. JZ *10* 337.

Riezler, Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen. Archiv für die zivilistische Praxis *98* 372.

Rittmeyer, Oskar, Die Schutztendenzen des schweizerischen Vormundschaftsrechtes. Abhandlungen zum schweizerischen Recht, N. F., Heft 12.

Schless, Robert, Mittelbare Stellvertretung und Treuhand. Heft 66 der Leipziger rechtswissenschaftlichen Studien. Leipzig 1931.

Schudel, Hedwig, Das Institut der Beiratschaft nach Art. 395 ZGB. Diss Zürich 1929.

Schultze, Die langobardische Treuhand. Heft 49 der Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, herausgegeben von Gierke.

— Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. Iherings Jahrbücher *43* 1.

Schwarz, G., Rechtssubjekt und Rechtszweck. Archiv für bürgerliches Recht *32* 12.

Seckel, Rechtliche Stellung des Sammelvermögens (Gutachten). Verhandlungen des 30. deutschen Juristentages *1* 564.

Silbernagel, Die Verwandtschaft. Bern 1921.

Trüeb, Theodor, Die Beistandschaft des schweizerischen ZGB. Diss Bern 1912.

v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts *1.* Tübingen 1924.

— Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts *1.* Leipzig 1910.

Tuor, Das Erbrecht. Bern 1929.

Widmer, Helene, Die Erbengemeinschaft. Diss Zürich 1925.

Wieland, Das Sachenrecht. Zürich 1909.

Wreschner, Zur Frage der Erbschaftsverwaltung. JZ *25* 19.

In der Regel wird nur der Verfasser mit den entsprechenden Zahlenangaben zitiert. — Die umfangreiche Literatur über das Sammelvermögen und die Treuhand konnte nur in Auswahl berücksichtigt werden; ausführliche Literaturangaben bei Seckel, Bäcker und Schless.

Abkürzungen:

BGE	= Amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheidungen.
BG	= Bundesgericht.
JZ	= Schweizerische Juristenzeitung.
ZBJV	= Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
Mschr B Verw R	= Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht.
ZGB	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch; Gesetzesartikel ohne nähere Bezeichnung beziehen sich auf das ZGB.
EG	= Einführungsgesetz.
OR	= Schweizerisches Obligationenrecht.
SchKG	= Schweizerisches Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz.
BGB	= Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch.

---

§ 1.

Begriff der Beistandschaft; Abgrenzung von der Vormundschaft und Beiratschaft.

Die Beistandschaft ist ein Institut vormundschaftlicher Fürsorge. Sie umfasst sehr verschiedene Tatbestände, die denjenigen der eigentlichen Vormundschaft zum Teil verwandt, zum Teil sehr unähnlich sind. Die Vormundschaft kennzeichnet sich dadurch, dass sie einer Person umfassenden Schutz in persönlicher und rechtlicher Beziehung angedeihen lässt. Die Beistandschaft vermittelt sachlich denselben Schutz wie die Vormundschaft, aber nur in beschränktem Umfang, nach der einen oder andern Richtung, je nach dem Schutzbedürfnis, das durch sie befriedigt werden soll. Die Vormundschaft wird angeordnet bei einem dauernden Bedürfnis der persönlichen und ökonomischen Fürsorge, wenn dieses Bedürfnis durch einen der im Gesetz aufgezählten Bevormundungsgründe (Geisteskrankheit, Trunksucht usw.) hervorgerufen worden ist. Der Vormund hat die «Munt», die volle Schutzgewalt über die hilfsbedürftige Person. Diese Gewalt äussert sich in der Pflege des persönlichen, körperlichen sowohl wie geistigen Wohles dieser Person bzw. in der Anordnung der zweckentsprechenden Massnahmen und in der Pflege ihrer gesamten rechtlichen Verhältnisse, der Wahrung der Vermögensrechte wie auch aller andern ihr zustehenden privaten und öffentlichen Rechte, selbst gewisser Persönlichkeitsrechte, falls der Mündel urteilsunfähig ist [1]).

Hat man als die zwei grundlegenden Aufgaben des Vormundschaftsrechtes die Personalfürsorge einerseits, die Realfürsorge andererseits erkannt [2]), so zeigt es sich, dass bei der eigentlichen Vormundschaft die Realfürsorge ein

[1]) Egger, Personenrecht (2) Art. 19 N. 8 ff; JZ *26* 286; siehe § 3 24 ff.

[2]) Rittmeyer 42.

Teil der Personalfürsorge ist; aber auch bei vielen Fällen der Beistandschaft ist dies so, nämlich immer, wenn die Realfürsorge zugunsten einer bestimmten Person durchgeführt wird. Eine Realfürsorge, die nicht für eine einzelne Person, sondern im öffentlichen Interesse angeordnet wird, haben wir einzig in der Beistandschaft für ein Sammelvermögen; dies ist ein Fall reiner Realfürsorge, d. h. der Verwaltung eines Vermögens um des Vermögens willen. Weitere solche Fälle sind denkbar auf Grund der Generalklausel des Art. 393: «Fehlt einem Vermögen die nötige Verwaltung...».

Die Aufgaben des Beistandes bilden den einen oder andern Teil der soeben erwähnten Funktionen des Vormundes. «Der Beistand ist für einzelne Geschäfte eingesetzt oder mit Vermögensverwaltung betraut» (Art. 367 II ZGB). Die Begriffe Personal- bzw. Vertretungsbeistandschaft und Real- bzw. Verwaltungsbeistandschaft sind nicht ganz klar. Denn die Verwaltungsbeistandschaft für eine bestimmte Person umfasst immer eine Vertretungsbefugnis in dem Masse, wie es zur sachgemässen Durchführung der Verwaltung erforderlich ist. In Übereinstimmung mit der bisherigen Terminologie, die das Wesentliche richtig hervorhebt, bezeichnen wir als Verwaltungsbeistandschaften alle diejenigen Fälle, in denen der Beistand ein Vermögen zu verwalten oder zu überwachen hat (ZGB Art. 393, 762, 548, 297 II), als Vertretungsbeistandschaften alle übrigen (ZGB Art. 392, 282, 297 II [1]), 311, 823; OR Art. 657 III, 704 II). Diese Einteilung entspricht derjenigen der beiden Hauptbestimmungen Art. 392 und 393 und wird der vorliegenden Arbeit zugrunde gelegt.

Man könnte sich fragen, ob die Beistandschaft überhaupt als ein vormundschaftliches Institut angesprochen werden darf, da doch von einer «Munt» d. h. einem Gewaltverhältnis zwischen zwei Personen nicht viel zu merken ist [2]), weil der Beistand entweder nur das Vermögen zu verwalten hat oder, in den übrigen Fällen, nicht selbständig handeln kann

[1]) Art. 297 II kann beides sein; siehe § 9 85.
[2]) Vgl. § 5 45.

wie der Vormund, sondern die Anweisungen der Vormundschaftsbehörde befolgen muss (Art. 418), und weil zudem der Verbeiständete handlungsfähig bleibt, wenn er es vor der Verbeiständung war (Art. 417). Bei der Beistandschaft für ein Sammelvermögen kann von einem solchen Gewaltverhältnis erst recht keine Rede sein, weil gar keine verbeiständete Person vorhanden ist. Es erscheint aber trotzdem als richtig, die Beistandschaft dem Vormundschaftsrecht anzugliedern, da sie den gleichen Schutz und die gleiche Fürsorge wie die Vormundschaft, nur in weniger umfassender und intensiver Art, vermittelt [1]). So erklärt es sich, dass das Gesetz für die Beistandschaft auf die Regelung der Vormundschaft verweist (Art. 367 III). Obschon der Zusammenhang mit der Vormundschaft und folglich die Anwendbarkeit des Vormundschaftsrechtes bei einigen Arten der Beistandschaft gering ist, so übt doch immer der Beistand einzelne Funktionen aus, die dem Vormund, dessen Tätigkeitsgebiet generell umschrieben ist, auch zustehen. Formell [2]) ist die Beistandschaft mehr oder weniger selbständig [3]), aber auch inhaltlich, was im Laufe dieser Untersuchung deutlich werden wird. Ihre Natur als Hilfs- und Ergänzungsinstitut zur Vormundschaft bringt es mit sich, dass sie nur in den entmündigungsähnlichen Formen der Vormundschaft analog ist, daneben aber Lücken ausfüllt, die die eigentliche Vormundschaft als Vermittlerin dauernden, allseitigen Schutzes notgedrungen offen lassen musste, und denen das Vormundschaftsrecht im engern Sinne nicht adäquat ist. In diesem weitern Sinne aber, als Ergänzung des Vormundschaftsrechtes überall dort, wo die eigentliche Vormundschaft aus den mannigfaltigsten Gründen als unpassend, unzweckmässig oder übertrieben erscheint, kann die Beistandschaft mit Recht als vormundschaftliches Institut bezeichnet werden.

[1]) Rittmeyer 47/48.

[2]) Die Entwürfe zum ZGB unterschieden «ordentliche Vormundschaft» und «Beistandschaft»; das Beiwort wurde von der national-rätlichen Kommission gestrichen.

[3]) Trüeb 20/21; Kaufmann 9 N. 11.

Die Beistandschaft ist nicht einheitlich wie die Vormundschaft. Unter diesem Namen werden im Gesetz allerhand Rechtserscheinungen zusammengefasst, die nach Voraussetzungen und Wirkungen äusserst verschieden sind. Neben Beistandschaftsformen, die der Vormundschaft nachgebildet sind und in ihren Wirkungen eine milde Art von Vormundschaft oder einen Ersatz für die Bevormundung unter Ausschaltung ihrer unbeliebten Nebenerscheinungen darstellen (Art. 393 Ziff. 2, 394, 395), gibt es solche, für die bei der Vormundschaft keine Parallele zu finden ist. So namentlich die Erledigung einer einzelnen Angelegenheit durch den Beistand wegen Verhinderung derjenigen Person, deren Eingreifen notwendig ist (Art. 392 Ziff. 1, 823), und manche Fälle der Vermögensverwaltung (Art. 393 Ziff. 3—5), ferner die Wahrung der Rechte einzelner Gläubigerklassen gegenüber einer zahlungsunfähigen Aktiengesellschaft oder Genossenschaft durch einen Kurator (Art. 657 III, 704 II OR) und die Übertragung des Besitzes an einem Nutzniessungsgegenstand auf einen Beistand zur Wahrung der Rechte des Eigentümers desselben (Art. 762 ZGB). Daneben gibt es Beistandschaften, die mit der Vormundschaft in engem Zusammenhang stehen, ohne selber vormundschaftsähnlich zu sein: so tritt oft die Beistandschaft neben eine schon bestehende Vormundschaft oder die elterliche Gewalt als sogenannte Ergänzungsbeistandschaft (Art. 392 Ziff. 2 und 3, 282) oder neben die elterliche Gewalt als sogenannte Kontrollbeistandschaft (Art. 297 II). Es kommt auch vor, dass eine Beistandschaft der Vormundschaft oder der elterlichen Gewalt vorausgeht, indem der Beistand vorerst die Sachlage zu klären hat und nach Durchführung seiner Aufgabe vom Vormund oder von den Eltern abgelöst wird (Art. 393 Ziff. 3, 311).

Die Unterschiede, durch die sich die Beistandschaft gegenüber der Vormundschaft kennzeichnet, bilden zugleich ihre wichtigsten Begriffsmerkmale. Gemeinsam ist ihnen zunächst, dass beides vormundschaftliche Schutz- und Fürsorgeinstitute und als solche zwingenden, öffentlichen

Rechtes sind; denn sie werden durch den Staat als Inhaber der obervormundschaftlichen Gewalt von Amtes wegen [1]) errichtet, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen im einzelnen Fall vorliegen. Vormund und Beistand werden von der Behörde ernannt, üben ein öffentliches Amt aus und stehen unter staatlicher Aufsicht. Während aber der Vormund als gesetzlicher Vertreter der bevormundeten Person umfassende Befehlsgewalt und Vertretungsbefugnis hat, hat der Beistand stets nur eine einzelne Aufgabe oder einen beschränkten Kreis von Aufgaben zu erfüllen. Die Beschränkung der Funktionen des Beistandes ist eines der Hauptmerkmale der Beistandschaft. Eine allgemeine Vermutung (wie beim Vormund), wonach er zu Handlungen befugt wäre, die nicht in seinen zum voraus bezeichneten Geschäftskreis fallen, gibt es nicht. Der Beistand ist immer nur zur Ausübung derjenigen Funktionen befugt, zu denen er ausdrücklich bestellt und ermächtigt worden ist, während der Vormund «die gesamten persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen des Bevormundeten» (Art. 367) wahrzunehmen hat. Die Beistandschaft hat eben im Gegensatz zur Vormundschaft kein umfassendes, sondern ein in irgendeiner Richtung begrenztes Schutzbedürfnis zu befriedigen. Dieses Schutzbedürfnis ist entweder sachlich begrenzt, indem es nur einzelne Angelegenheiten, sei es ein bestimmtes Geschäft oder die Verwaltung eines Vermögens, betrifft, oder es ist zeitlich begrenzt, wobei es sachlich mehr oder weniger umfassend sein kann.

Des weitern unterscheidet sich die Beistandschaft von der Vormundschaft sehr wesentlich dadurch, dass die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person durch die Bestellung des Beistandes nicht berührt wird (Art. 417). Sie bleibt in dem Masse bestehen, wie sie vor der Verbeiständung vorhanden war. Ein Bevormundeter bleibt natürlich handlungsunfähig bzw. beschränkt handlungsfähig. Ein voll Handlungs-

[1]) Es kann z. B. nicht wie im deutschen Recht der Mutter durch Testament ein Beistand für die Ausübung der elterlichen Gewalt beigegeben werden. Siehe Egger, Vorbemerkungen zu Art. 273, 3*b*.

fähiger aber kann die Handlungen des Beistandes mit Rechtswirkung gegenüber Dritten durchkreuzen [1]). Die Beistandschaft ist also ein sehr mildes Schutzmittel, ein äusserst schonender Eingriff des Staates in die Persönlichkeitssphäre des einzelnen.

Die Beistandschaft kann nach diesen Feststellungen folgendermassen umschrieben werden: Sie ist ein Institut vormundschaftlicher Fürsorge von begrenztem Umfang, sei es, dass der Beistand einzelne gesetzlich vorgesehene oder von der Vormundschaftsbehörde bezeichnete Angelegenheiten erledigt, sei es, dass er ein Vermögen verwaltet, wobei die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person unangetastet bleibt.

Im Gesetz wird die Beiratschaft der Beistandschaft systematisch angegliedert. Sie passt aber nicht in diesen Rahmen, sondern zeigt eine deutliche Verwandtschaft mit der Vormundschaft insofern, als durch sie die Handlungsfähigkeit des Schutzbedürftigen beschränkt wird. Sie nimmt eine Mittelstellung ein zwischen der Vormundschaft als der eingreifendsten Massnahme zum Schutze einer Person und der Beistandschaft in der Form, wo sie einen milden Ersatz der Entmündigung darstellt (Art. 393 Ziff. 2). Die eigenartige Natur der Beiratschaft bringt es mit sich, dass diese keinem andern Institut des Vormundschaftsrechtes angegliedert werden kann, sondern selbständig behandelt werden muss [2]), vereinigt sie in sich selber doch schon zwei Varianten — Mitwirkungs- und Verwaltungsbeiratschaft —, die in ihren Wirkungen sehr auseinandergehen.

Eine ähnliche Stellung zwischen Vormundschaft einerseits und Beistandschaft andererseits nimmt die Beistandschaft auf eigenes Begehren ein, die im Gesetz der Verwaltungsbeistandschaft eingegliedert ist, bei näherer Betrachtung aber nicht dorthin passt. Nach Art. 394 kann eine Beistandschaft auf eigenes Begehren der schutzbedürftigen Person errichtet werden, «wenn die Voraussetzungen der Bevormun-

[1]) Siehe § 9 72 ff.
[2]) Siehe Schudel, Beiratschaft.

dung auf eigenes Begehren vorliegen». Diese Voraussetzungen bestehen nach Art. 372 darin, dass die betreffende Person «infolge von Altersschwäche oder anderen Gebrechen oder von Unerfahrenheit ihre Angelegenheiten nicht gehörig zu besorgen vermag». Die Hilfe des Beistandes soll sich also hier grundsätzlich auf alle Angelegenheiten beziehen und nach dem klaren Wortlaut des Art. 372 nicht auf die Vermögensverwaltung beschränkt sein, wie man gemäss dem Marginale «Vermögensverwaltung», das bei Art. 393 steht und sich nach der Anordnung im Gesetzestext auch auf Art. 394 erstreckt, annehmen könnte. Übrigens ergibt sich auch aus folgender Überlegung, dass die Beistandschaft des Art. 394 nicht auf die Vermögensverwaltung beschränkt ist: In Art. 393 Ziff. 2 ist vorgesehen, dass ein Beistand zu ernennen ist bei Unfähigkeit einer Person, die Verwaltung ihres Vermögens selber zu besorgen; dies kann sowohl von Amtes wegen wie auf Antrag dieser Person geschehen. Folglich würde Art. 394 gar nichts Neues bestimmen, sondern wäre vollständig überflüssig, wenn man hier den Beistand nur für die Vermögensverwaltung hätte zulassen wollen. Wir kommen also aus zwei verschiedenen Erwägungen zum gleichen Resultat: die Beistandschaft des Art. 394 umfasst alle Angelegenheiten des Verbeiständeten, die vermögensrechtlichen wie die persönlichen [1]). In den meisten Fällen werden es allerdings hauptsächlich die vermögensrechtlichen Verhältnisse sein, deren sich der Beistand anzunehmen hat [2]). Aber grundsätzlich hat hier der Beistand dasselbe umfassende und zeitlich auf ungewisse Dauer eingeräumte Tätigkeitsgebiet wie der Vormund, d. h. eines der Begriffsmerkmale der Beistandschaft, die Beschränkung der Funktionen des Beistandes auf einzelne oder einen Kreis von Angelegenheiten, wie es in Art. 367 II gesetzlich festgelegt ist, ist aufgegeben.

[1]) So wird Art. 394, anscheinend aber nur vereinzelt, auch in der Praxis angewandt, wovon ich mich überzeugen konnte. Veröffentlichte Entscheide, die sich über diesen Punkt ausgesprochen hätten, konnte ich nicht finden. Vgl. BGB § 1910.

[2]) Vgl. Rittmeyer 46/47.

Die sogenannte Beistandschaft des Art. 394 fällt also aus dem Rahmen der eigentlichen Beistandschaft heraus. Eine allseitig befriedigende Einteilung ist auf Grund der unabgeklärten Systematik des Gesetzes nicht möglich. Es bleibt nichts anderes übrig, als die Beistandschaft auf eigenes Begehren mit der Beiratschaft, die aus einem andern Grunde nicht zur Beistandschaft im eigentlichen Sinne passt, zu vereinigen zu einem umfassenderen Institut der Beiratschaft. Diese Beiratschaft im weitern Sinn steht in bezug auf ihre Wirkungen in der Mitte zwischen Beistandschaft und Vormundschaft: entweder hat der Beirat den umfassenden Geschäftskreis des Vormundes, wobei aber die Handlungsfähigkeit des Verbeirateten formell bestehen bleibt (Art. 394), oder dann wird die Handlungsfähigkeit beschränkt und der Beirat hat nur einen begrenzten Geschäftskreis (Art. 395).

Wie schon erwähnt, regelt das Gesetz die Beistandschaft nur in den allgemeinsten Zügen und schreibt im übrigen vor, dass für den Beistand, soweit keine besonderen Vorschriften aufgestellt sind, die Bestimmungen über den Vormund gelten (Art. 367 III). Die analoge Anwendung des Vormundschaftsrechts ist aber sehr schwierig, weil die Beistandschaft nicht einheitlich ist und sich in ihren einzelnen Arten von der Vormundschaft mehr oder weniger entfernt. Je nach der einzelnen Beistandschaft kann eine vormundschaftliche Bestimmung einmal sehr wertvoll, ein andermal unzweckmässig sein. Die Anwendbarkeit des Vormundschaftsrechtes kann also nicht allgemein festgelegt werden. Sie ist verschieden je nach den Schutzwirkungen, die man mit dieser oder jener Beistandschaft erstrebt. Bei der Beistandschaft für ein einzelnes Geschäft muss sogar in jedem konkreten Einzelfall von der Vormundschaftsbehörde geprüft werden, inwieweit vormundschaftliche Bestimmungen anwendbar sind, und müssen dem Beistand genaue Anweisungen gegeben werden (Art. 418). In der vorliegenden Arbeit soll untersucht werden, inwiefern die analoge Anwendung des Vormundschaftsrechtes auf die Beistandschaft sinngemäss

ist, und inwiefern sie als unzulässig erscheint. Dort, wo das Vormundschaftsrecht ungenügend ist, müssen zur Regelung der Beistandschaft andere Rechtsgrundsätze eingreifen, die gegebenenfalls mit Hilfe von Art. 1 ZGB, der ja nicht nur für den Richter, sondern für die rechtsanwendenden Behörden überhaupt gilt [1]), zu finden sind [2]) [3]).

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf das Wesentliche, nämlich auf die Voraussetzungen der Beistandschaft und das Amt des Beistandes, welche seit 1912 nicht mehr systematisch bearbeitet worden sind. Fragen, die im allgemeinen gleich wie bei der Vormundschaft zu beantworten sind oder deren Lösung sich ohne weiteres ergibt (Bestellung des Beistandes, Beschwerde, Verantwortlichkeit, Anschlusspfändungs- und Konkursprivileg, Amtsdauer, Entschädigung) und das Verbeiständungsverfahren, die Bestimmungen über die Zuständigkeit und die zivilrechtliche Beschwerde können in diesem Rahmen nicht berührt werden.

A. Die Vertretungsbeistandschaft.

§ 2.

Allgemeines.

Ist eine Vertretungsbeistandschaft in einer Spezialbestimmung des Gesetzes [4]) vorgesehen (ZGB Art. 282, 297 II, 311, 823, OR Art. 657, 704), so sind für die Anordnung derselben die dort jeweils aufgestellten Voraussetzungen allein massgebend, und das Tätigkeitsgebiet des Beistandes

---

[1]) Gmür 13/14.

[2]) Am deutlichsten zeigt sich das Versagen des Vormundschaftsrechts bei der Beistandschaft für ein Sammelvermögen. Siehe § 10.

[3]) Die geschichtliche Entwicklung der Beistandschaft siehe bei Trüeb § 1 und bei Huber, Geschichte und System des schweizerischen Privatrechts 1 630 f.

[4]) Worunter nur Bundesgesetze zu verstehen sind, nicht etwa kantonale Einführungsgesetze. Siehe das Folgende.

sowie die Durchführung seines Amtes im einzelnen richten sich in erster Linie nach dem Rechtsverhältnis, in das er hineingestellt wird. Subsidiär sind auch hier die Bestimmungen des Vormundschaftsrechtes anwendbar. Neben diesen Einzelfällen, auf die im Folgenden nur gelegentlich hingewiesen wird, umschreibt Art. 392 die Vertretung durch einen Beistand in allgemeineren Voraussetzungen. Es gibt zwei Hauptfälle, die Vertretungsbeistandschaft für eine mündige (Ziff. 1) und diejenige für eine gesetzlich vertretene Person (Ziff. 3), sowie einen Spezialfall der letzteren (Ziff. 2). Allgemeine Voraussetzung all dieser Fälle ist das gegenwärtige, zeitlich begrenzte Bedürfnis nach Vertretung einer Person, weil diese selber oder ihr gesetzlicher Vertreter am Handeln verhindert ist. Bevor die verschiedenen Fälle näher untersucht werden, müssen zuerst zwei Fragen, die die Vertretungsbeistandschaft im allgemeinen betreffen, beantwortet werden.

I. Ist die Aufzählung des Art. 392 abschliessend? Angesichts des klaren Wortlautes dieser Bestimmung scheint es, dass diese Frage ohne weiteres bejaht werden müsse. In der Literatur wird jedoch vereinzelt die entgegengesetzte Ansicht vertreten [1]), während die Praxis nicht einheitlich ist. Natürlich gilt das Prinzip [2]), dass vormundschaftlicher Schutz überall dort einzugreifen habe, wo er als notwendig erscheint, auch für die Beistandschaft. Aber von diesem Prinzip hat sich schon der Gesetzgeber bei der Regelung der Voraussetzungen der Beistandschaft leiten lassen, und wenn diese auch nicht so tief in die Persönlichkeitssphäre eingreift wie die Vormundschaft, so birgt doch das Hinausgehen über die gesetzlich fixierten Voraussetzungen eine gewisse Gefahr in sich, die man ohne dringendes Bedürfnis nicht heraufbeschwören sollte. Die Beistandschaftsfälle des Art. 392 sind nun so allgemein gefasst, dass man praktisch eine General-

[1]) Egger Art. 392, 2*b*; Trüeb 33.
[2]) Worauf sich Egger stützt.

klausel, wonach die Beistandschaft bei jedem Vertretungsbedürfnis angeordnet werden könnte, kaum vermissen wird. Aus der Tatsache allein, dass Art. 393 für die Vermögensverwaltung, bei der der Beistand oft ziemlich umfassende Befugnisse erhält, eine Generalklausel aufstellt, darf man nicht schliessen, dass eine solche auch für die meist viel weniger weit reichenden Fälle der Vertretung gelten müsse. Art. 392 Ziff. 1 kommt übrigens einer Generalklausel sehr nahe, da die Verhinderungsgründe, die zur Vertretung führen, nicht abschliessend aufgezählt sind; eine Einschränkung besteht nur insofern, als die zu erledigende Angelegenheit dringend sein muss. Praktisch hat sich das Problem bisher auch nur bei Ziff. 2 und 3 gestellt, nämlich im Falle der Eltern in ihrer Eigenschaft als gesetzliche Vertreter der unmündigen Kinder.

Nach Art. 283 ZGB haben die Vormundschaftsbehörden bei pflichtwidrigem Verhalten der Eltern die «zum Schutze des Kindes geeigneten Vorkehrungen» zu treffen. Als solche geeignete Vorkehr wurde in der Praxis wiederholt die Errichtung einer Beistandschaft angesehen. Das Einführungsgesetz des Kantons Zürich schreibt hier sogar ausdrücklich eine Beistandschaft vor (§ 64). Sie ist aber nur dann zulässig, wenn zugleich die Voraussetzungen des Art. 392 Ziff. 2 oder 3 gegeben sind [1]). Man versuchte darzutun, dass bei pflichtwidrigem Verhalten der Eltern eine Interessenkollision zwischen ihnen und den Kindern vorliege oder dass in dem Mangel der zu richtiger Erziehung und Fürsorge erforderlichen intellektuellen und moralischen Eigenschaften eine Verhinderung der Eltern zu erblicken sei — dass also die Voraussetzungen des Art. 392 vorhanden seien ohne gleichzeitige Notwendigkeit, die elterliche Gewalt zu entziehen [2]). Das Bundesgericht hat aber die Errichtung einer Beistandschaft im Falle des Art. 283 als unzulässig erklärt, weil sie einer Entziehung der elterlichen Gewalt gleichkommt, ohne dass die

[1]) Silbernagel Art. 283 N. 31.
[2]) JZ 19 Nr. 283 328. — Ähnlich Egger.

dafür geforderten Voraussetzungen vorhanden wären und das vorgeschriebene Verfahren eingehalten würde [1]). Der Beistand ist ein vormundschaftliches Organ, das selbständig handelt; für die Ausübung der elterlichen Gewalt ist im Umfang seiner Befugnisse kein Raum. Darum darf auch der Beistand nach Art. 297 II nur zu bestimmten einzelnen Massnahmen oder zur Aufsicht ermächtigt werden; würde ihm die Vermögensverwaltung übertragen, so wäre Art. 298 verletzt [2]). Da analog zu Art. 297 II eine Beistandschaft für die persönlichen Verhältnisse der Kinder neben der elterlichen Gewalt nicht gesetzlich vorgesehen ist, stehen dieser Massnahme die Art. 273 ff. entgegen. Bei den Vorkehren nach Art. 283 muss die Vormundschaftsbehörde selber handeln. Natürlich kann sie einen Gehilfen mit der Durchführung der geeigneten Massnahmen betrauen. Dieser hat aber keine selbständigen Befugnisse; es ist immer die Vormundschaftsbehörde selber, die durch ihn handelt. Sie muss ihm die zu ergreifenden Massnahmen genau vorschreiben und darf nichts seinem Ermessen überlassen [3]). Durch ein zwischen die Eltern und die Vormundschaftsbehörde eingeschobenes selbständiges Organ, wie es der Beistand von Gesetzes wegen ist (Art. 360), wird die elterliche Gewalt ohne gesetzliche Grundlage und daher unzulässigerweise beschränkt.

Eine Beistandschaft ist also, abgesehen von den im Bundeszivilrecht selber vorgesehenen Spezialfällen, immer nur möglich, wenn die Voraussetzungen des Art. 392 gegeben sind. Die Bestimmungen kantonaler Einführungsgesetze sind, soweit sie über Art. 392 hinausgehen, bundesrechtswidrig [4]).

---

[1]) BGE *51* [2] 93.

[2]) Silbernagel Art. 297 N. 24 f. BGE *51*[2] 359; JZ *28* Nr. 51 59, *25* Nr. 24 124; Mschr B Verw R *26* Nr. 107 (= JZ *25* Nr. 193 281).

[3]) JZ *25* 271.

[4]) Z. B. zürch. EG § 64, siehe JZ *25* 271. — Art. 151 letztes Alinea des bern. EG dagegen ist nicht bundesrechtswidrig, weil es sich dort um einen Fall gemäss Art. 392 Ziff. 2 handelt. — Der Beistand nach Art. 10 des bern. Gesetzes über die Jugendrechtspflege ist ein vormundschaftliches Organ, kann aber nach den obigen

Kann im Falle des Art. 283 keine Beistandschaft errichtet werden, so natürlich noch viel weniger, wenn die Eltern sich keines pflichtwidrigen Verhaltens schuldig gemacht haben. Es ist z. B. unzulässig, der Mutter, wenn ihr allein die elterliche Gewalt zusteht, einen Beistand zur Unterstützung in der Erziehung der Kinder zu bestellen; ebensowenig kann der Vater im Testament einen solchen Beistand vorsehen [1]). Als vorsorgliche Massnahme im Scheidungsprozess kann den Kindern ein Beistand bestellt werden, aber nur, wenn Art. 392 Ziff. 3 vorliegt; der Richter kann dieses nicht gestützt auf Art. 145 selber tun, sondern muss die Sache der Vormundschaftsbehörde überweisen [2]). Dagegen ist es ohne weiteres möglich, eine Beistandschaft zu errichten für Vermögen, das dem Kinde gemäss Art. 294 unter Ausschluss der elterlichen Verwaltung zugewendet worden ist, weil hier eine Kollision zwischen den Elternrechten und der Machtbefugnis des Beistandes von Anfang an ausgeschlossen ist [3]). Ferner kann im Falle des Art. 449 eine Beistandschaft als nötige Massregel zur Sicherung des Bevormundeten in Betracht kommen, da die Amtsenthebung ein typisches Beispiel der Verhinderung des gesetzlichen Vertreters gemäss Art. 392 ist und eine Beistandschaft nach der Amtsenthebung in die selbständige Amtsgewalt des Vormunds nicht mehr eingreifen kann.

II. Kann die Vormundschaftsbehörde, anstatt einen Beistand zu bestellen, selber die nötigen Handlungen vornehmen? Ist der gesetzliche Vertreter gemäss Art. 392 Ziff. 2 oder 3 an der Vertretung verhindert, so kann die Vormundschaftsbehörde in allen denjenigen Fällen unzweifelhaft von einer

---

Feststellungen nur bestellt werden, wenn die Voraussetzungen des Art. 392 Ziff. 2 oder 3 zutreffen. Der sogenannte «Beistand» des jugendlichen Angeschuldigten, der nach Zürcher Recht an Stelle des amtlichen Verteidigers bestellt wird, ist dagegen ein strafprozessuales Organ: JZ *23* Nr. 32 28.

[1]) Siehe dagegen BGB § 1687.

[2]) Anders in beiden Fällen Egger Art. 392, 2*b*. Siehe § 4 28.

[3]) Vgl. BGB § 1909.

Beistandsbestellung absehen, wo ihr ohnehin die Entscheidung in Form einer Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung zusteht, also bei den Rechtshandlungen der Art. 421, 404 usw [1]). Aus praktischen Gründen wird sie bei zeitraubenden und tatbeständlich verwickelten Angelegenheiten meist einen Beistand ernennen. Ist die erforderliche Vertretungshandlung aber auf einfache Weise zu erledigen, so wäre es ein zweckloser Umweg, erst noch einen Beistand einzusetzen; viel vernünftiger ist es, dass die Vormundschaftsbehörde an Stelle des erst noch zu wählenden Beistandes selber handelt, da dieser ja doch ihrer Genehmigung bedürfte.

In allen andern Fällen hingegen ist es fraglich, ob die Vormundschaftsbehörde die Beistandsbestellung unterlassen darf. Indem das Gesetz sie vorschreibt, will es erreichen, dass jemand in nächster Nähe des Vertretenen und aus genauer Kenntnis der Verhältnisse diejenigen Handlungen vornimmt, die als die richtigen angesehen werden müssen. Eine Behörde und ganz besonders eine Kollegialbehörde steht unvermeidlich in einer gewissen Entfernung zum Vertretungsbedürftigen, eine Gefahr, die beim Beistand viel geringer ist [2]). Darum erscheint eine Behörde für die vorübergehende Vertretung weniger geeignet als eine private Einzelperson, die der Behörde verantwortlich ist. Dadurch, dass das Gesetz mehrere Instanzen (Beistand — Vormundschaftsbehörde — Aufsichtsbehörde) schafft und die Beschwerde von den unteren [3]) an die oberen vorsieht, will es dem Bürger eine möglichst gerechte Rechtsanwendung garantieren. Folglich ist es an und für sich bedenklich, die unterste Instanz aus rein prak-

---

[1]) Huber, Erläuterungen (2) 300; Trüeb 40.

[2]) Es sind z. B. die Art. 380 und 381, soweit sie im einzelnen Fall überhaupt in Frage kommen können, auf die Wahl des Beistandes anwendbar.

[3]) Die Einschränkung, die in dem Entscheid Mschr B Verw R *17* Nr. 17 (= JZ *15* Nr. 219 332) aufgestellt wird dahingehend, Art. 420 II sei gegenüber der Vormundschaftsbehörde nur anzuwenden, wenn sie im Beschwerdeverfahren gegen den Vormund einen Entscheid gefällt habe, ist unzutreffend.

tischen Gründen ausschalten zu wollen. Beim Vertretungsbeistand verhält es sich nun aber anders als beim Verwaltungsbeistand und beim Vormund, weil jener in seinen Befugnissen von der Vormundschaftsbehörde sehr abhängig ist. Während Vormund und Verwaltungsbeistand in der Ausübung ihres Amtes der Vormundschaftsbehörde gegenüber ziemlich frei sind, da ihre Aufgaben ein für allemal gesetzlich feststehen [1]), hat der Vertretungsbeistand die Anweisungen der Behörde genau zu befolgen und, falls sie ihm keine solchen gibt, darum nachzusuchen. Es besteht also eine sehr enge Verbindung zwischen Beistand und Vormundschaftsbehörde. Verneint man aus den angeführten theoretischen Erwägungen die Befugnis der Behörde, die Errichtung der Beistandschaft zu unterlassen, so wird man den praktischen Anforderungen des Lebens nicht gerecht [2]). In einer Angelegenheit, die keinen Aufschub duldet oder völlig klar liegt und ohne weiteres erledigt werden kann, ist das Verfahren der Wahl des Beistandes, das sich wie dasjenige der Vormundsbestellung durch drei bis vier Instanzen hinziehen kann, und die Orientierung und Anweisung desselben viel zu schwerfällig. Der Vormundschaftsbehörde muss hier eine gewisse Freiheit zugestanden werden, je nach der Sachlage im einzelnen Fall von der Beistandsbestellung abzusehen, wenn dies zweckmässiger ist [3]), umsomehr als der Beistand ja ohnehin an ihre genauen Weisungen gebunden wäre und ohne ihre Ermächtigung nichts vornehmen könnte [4]). Aus Art. 386, 423 und 449, worin eine direkte Vertretung des Schutzbedürftigen durch die

---

[1]) Über die prinzipielle Selbständigkeit des Vormundes gegenüber den vormundschaftlichen Behörden siehe Hefti, Vormundschaftliche Amtsführung, und Egger Art. 405, 1*c*.

[2]) Kaufmann, der jenen theoretischen Standpunkt einnimmt, sieht sich immerhin gezwungen, «sehr dringende Massnahmen» vorzubehalten: Art. 392 N. 6.

[3]) Vgl. die Verwaltungsbeistandschaft, wo die Behörde mit Ausnahme der in Art. 393 Ziff. 1—5 erwähnten Fälle gesetzlich befugt ist, an Stelle einer Beistandschaft andere Massnahmen zu treffen.

[4]) Ebenso Trüeb 40, mit teilweise anderer Begründung.

Behörde vorgesehen ist, lässt sich entnehmen, dass unser Vormundschaftsrecht die Vertretereigenschaft der Vormundschaftsbehörde grundsätzlich bejaht. Folglich kann die Behörde die Vertretung überall dort übernehmen, wo keine Kollision mit der selbständigen Amtsgewalt eines gesetzlichen Vertreters möglich ist, sei es, dass dieser verhindert ist (Art. 392 Ziff. 2 und 3), oder dass gar keiner vorhanden ist (Ziff. 1). So lässt sich das praktisch wünschenswerte Resultat, der Vormundschaftsbehörde hier einigermassen freie Hand zu lassen, auch mit theoretischen Gründen stützen.

§ 3.

Die Vertretungsbeistandschaft für eine mündige Person.

Gemeinsame Voraussetzung aller Fälle des Art. 392 ist, wie wir bereits gesehen haben, ein gegenwärtiges Vertretungsbedürfnis. Dasselbe soll nun anhand des Gesetzestextes genauer umschrieben werden, und zwar zuerst für den Fall der Ziff. 1 des Art. 392.

Art. 392 Ziff. 1 greift nur bei mündigen Personen Platz. Die Feststellung der Mündigkeit macht infolge der Zivilstandsregister und der Publizität der Vormundschaft keine Schwierigkeiten. Wer gemäss Art. 395 in der Handlungsfähigkeit beschränkt ist, ist grundsätzlich mündig; Art. 392 Ziff. 1 findet auf ihn Anwendung bezüglich derjenigen Angelegenheiten, in denen er selber zu handeln befugt ist, sei es allein oder unter Mitwirkung des Beirates. Praktisch wird es, wenn der Verbeiratete verhindert ist, naheliegen, den Beirat, der mit den Verhältnissen schon mehr oder weniger vertraut ist, zum Vertretungsbeistand zu ernennen (stillschweigend darf er diese Funktion natürlich nicht übernehmen), und zwar sowohl dort, wo der Verbeiratete unbeschränkt ist, wie auch dort, wo er an die Mitwirkung des Beirates gebunden ist (Art. 395 Ziff. 1—9), z. B. bei einer dringenden Prozesshandlung. Bei Verhinderung des Beirates

in einer Angelegenheit seines Geschäftskreises ist Art. 392 Ziff. 3 anzuwenden [1]).

Oft kann es fraglich sein, ob eine Vormundschaft oder eine Vertretungsbeistandschaft zu errichten sei. Die Abgrenzung beider Institute ist praktisch nicht leicht, obschon sie in ihren Voraussetzungen anscheinend durchaus verschieden sind. Abgesehen von Art. 371, der einen absoluten Entmündigungsgrund enthält, ist immer nur dann zu entmündigen, wenn ausser dem eigentlichen Entmündigungsgrund (Geisteskrankheit, Verschwendung, Trunksucht usw.) auch die sogenannten Entmündigungsvoraussetzungen vorhanden sind: Unfähigkeit, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen, Gefahr der Verarmung, Gefährdung der Sicherheit anderer usw. Erst wenn diese Voraussetzungen im einzelnen Fall festgestellt worden sind, wenn also infolge des Entmündigungsgrundes ein dauerndes Schutzbedürfnis eingetreten ist, dann darf, dann muss aber auch [2]) entmündigt werden. Ist das Schutzbedürfnis nur vorübergehend oder nur auf gewisse Verhältnisse beschränkt, so genügt meist eine Beistandschaft oder Beiratschaft vollauf. Ein Geisteskranker ist oft fähig, die alltäglichen, einfachen Geschäfte selbständig zu besorgen, so dass, falls er gutartigen Charakters ist, kein Grund besteht, ihm die Handlungsfähigkeit zu entziehen; tritt hingegen eine einzelne schwierige Angelegenheit an ihn heran, der seine Geisteskräfte nicht gewachsen sind, etwa die Verfolgung streitiger Erbansprüche, so ist seinem Fürsorgebedürfnis mit einem Vertretungsbeistand nach Art. 392 Ziff. 1 vollauf Genüge geleistet [3]). In der Praxis herrscht denn auch die Tendenz vor, mit möglichst wenig eingreifenden Massnahmen den erforderlichen Schutz zu vermitteln. So genügt es auch, einem internierten, unheilbaren Geisteskranken einen Verwaltungsbeistand für sein Vermögen oder, falls er vermögenslos ist, einen Vertretungsbeistand zur Er-

[1]) Siehe § 4.
[2]) Anders BGB § 6.
[3]) Vgl. Egger, Vorbemerkungen zu Art. 392 ff.

ledigung notwendiger Geschäfte zu bestellen. Wenn weder für Dritte noch für das Auskommen eines solchen Geisteskranken eine Gefahr besteht, so würde eine Vormundschaft weit über das Ziel hinausschiessen [1]).

Die Verhinderungsgründe, die das augenblickliche Vertretungsbedürfnis hervorrufen, sind im Gesetz nicht abschliessend aufgezählt. Es genügt also stets die Tatsache, dass die Person, deren Handeln, sei es selbständig oder durch einen Vertreter, notwendig wird, daran verhindert ist; warum sie verhindert ist, ist gleichgültig. Der Begriff der Verhinderung setzt natürlich voraus, dass die Unmöglichkeit zu handeln unverschuldeterweise eingetreten sei. Die Beistandschaft hat nicht die Interessen derer zu wahren, die für sich selber sorgen können, dies aber unterlassen [2]). Unter Verhinderung versteht man die unverschuldete Unmöglichkeit, eine Handlung vorzunehmen oder wenigstens rechtzeitig vorzunehmen. Als Beispiele der Verhinderung werden im Gesetz genannt Krankheit und Abwesenheit.

Eine Krankheit als Verhinderungsgrund muss derart sein, dass der Betroffene unfähig ist, die Angelegenheit zu überblicken [3]) oder wenigstens zweckdienliche Anordnungen, wenn auch nur durch Bezeichnung eines vertrauenswürdigen Vertreters, zu treffen. Bettlägerigkeit oder sogenannte schwere

---

[1]) Vgl. z. B. Obergericht Zürich in JZ *17* Nr. 84 121. — Die scheinbare Kontroverse zwischen Egger und Kaufmann in dieser Frage beruht, soviel ich sehe, nicht auf sachlich verschiedenen Ansichten. Egger glaubt, dass selbst bei Bejahung der sogenannten Entmündigungsvoraussetzungen nicht unter allen Umständen zu entmündigen sei; es komme nicht nur darauf an, dass eine Person entmündigungsreif, sondern dass sie auch entmündigungsbedürftig sei (Komm. zu Art. 369). Die Entmündigungsbedürftigkeit fällt aber notwendig mit der Bejahung der Entmündigungsvoraussetzungen zusammen; es ist nicht ersichtlich, was für ein anderes Kriterium es hier ausser der grössern oder geringern Schutzbedürftigkeit geben könnte.

[2]) Trüeb 28; das angeführte Beispiel ist aber unzutreffend, weil bei Nichterscheinen in einem Termin die Regeln des Zivilprozesses Platz greifen.

[3]) Egger Art. 392, *3a*.

Krankheit genügt also an und für sich nicht. Unter der Voraussetzung, dass dadurch die Unfähigkeit zur Erledigung der gerade in Frage stehenden dringenden Angelegenheit bewirkt werde, kommen hier vor allem in Betracht: fieberhafte Erkrankungen und Schwächezustände, auch Unfälle und allerhand körperliche und geistige Gebrechen, z. B. Blindheit und Altersschwäche; ferner Trunkenheit und akute Stadien von Geisteskrankheit, sofern der allgemeine Zustand des Patienten noch nicht zur Entmündigung geführt hat.

Abwesenheit als Verhinderungsgrund braucht im Gegensatz zu Art. 393 Ziff. 1 nicht von längerer Dauer zu sein und auch nicht unbedingt unbekannten Aufenthalt in sich zu schliessen, was sich aus der Dringlichkeit des Handelns ohne weiteres ergibt. Es genügt, dass eine Verständigung mit dem Abwesenden innert nützlicher Frist ausgeschlossen sei. Mittels der technischen Einrichtungen, die heutzutage jede Entfernung mehr oder weniger überwinden, wird es in vielen Fällen, die früher unweigerlich zu einer Beistandsbestellung geführt hätten, möglich sein, dass die abwesende Person benachrichtigt wird und dann selber entscheidet oder einer Vertreter bestellt. Unter Umständen kann andererseits eine Beistandschaft bei nur geringer Entfernung notwendig werden, z. B. bei Untersuchungshaft oder Freiheitsstrafe unter einem Jahr, bei Internierung oder administrativer Versorgung oder in Kriegszeiten, wenn die Verkehrsmöglichkeiten erschwert sind. — Ein Spezialfall der Abwesenheitsbeistandschaft ist in Art. 823 geregelt, wonach einem Grundpfandgläubiger, dessen Name oder Wohnort unbekannt ist, ein Beistand bestellt werden kann in den Fällen, wo eine im Gesetz vorgesehene Betätigung des Gläubigers dringend erforderlich ist, z. B. eine Erklärung gemäss Art. 832 II oder die in Art. 808 ff. erwähnten Handlungen. Für einen dauernd abwesenden Erben kann ebenfalls ein Vertretungsbeistand bestellt werden. Die Erbschaftsverwaltung gemäss Art. 554 Ziff. 1 wird nur angeordnet, sofern die Interessen dieses Erben es erfordern. In vielen Fällen genügt es, wenn ein Beistand

den ohne Vertretung abwesenden Erben während des Erbganges vertritt [1]). Es kann aber auch dem abwesenden Erben bei schon aus andern Gründen bestehender Erbschaftsverwaltung ein Beistand bestellt werden, z. B. zur Kontrollierung derselben und zur Beschwerdeführung gemäss Art. 595 III.

Es sind noch mannigfache andere Gründe denkbar, die zu einer Verhinderung im Sinne von Art. 392 Ziff. 1 führen können. Die blosse mangelnde Geschäftsgewandtheit wird kaum einmal Grund zur Verbeiständung sein, da der Hilfsbedürftige meistens fähig sein wird, sich einen vertrauenswürdigen Vertreter auszusuchen und ihn mehr oder weniger zu überwachen, z. B. in der Durchführung eines Prozesses. Man muss hier in der Errichtung von Beistandschaften zurückhaltend sein, um zu verhüten, dass jemand sich nur aus Bequemlichkeit verbeiständen lässt [2]). Umgekehrt ist eine Beistandschaft erforderlich, wenn die «Verhinderung» darin besteht, dass die hilfsbedürftige Person die Einsicht in die Notwendigkeit der vorzunehmenden Handlung nicht aufbringt, wie z. B. in jenem Fall [3]), wo ein Beistand zur Geltendmachung des Pflichtteils bestellt wurde trotz freiwilligem Verzicht des Erben, weil dieser, der Insasse einer Armenanstalt, es ohne vernünftigen Beweggrund unterliess, sich durch Erhebung der Herabsetzungsklage gegen die testamentarischen Erben Unterhaltsmittel zu beschaffen. — Es hat keinen Zweck, all die einzelnen Verhinderungsgründe, die in Betracht kommen können, genauer zu untersuchen, da nur bei Kenntnis konkreter Umstände jeweilen entschieden werden kann, ob eine Verbeiständung nötig ist. Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass eine reinliche Scheidung zwischen Vertretungsbeistandschaft und Vormundschaft praktisch unmöglich ist, und wir werden

[1]) Tuor Art. 554 N. 3; Escher Art. 554, 2*a*. — Über das Verhältnis zwischen den Art. 554 und 393 Ziff. 3 siehe § 7 *II*.

[2]) BGE *51* [2] 103, *40* [2] 175 bezüglich der Verwaltungsbeistandschaft; der Grundsatz gilt aber ebensogut für die Vertretungsbeistandschaft.

[3]) JZ *27* Nr. 237 312.

sehen, dass es sich mit der Verwaltungsbeistandschaft gleich verhält. Die Fälle gehen ineinander über. Darum kann man die verschiedenen Institute auch theoretisch nicht mit der wünschenswerten Klarheit voneinander trennen. Bei jedem ist eben die grössere oder geringere Fürsorgebedürftigkeit, ein ganz individuelles Moment, zur ausschlaggebenden gesetzlichen Voraussetzung gemacht.

Die Verhinderung muss so eingreifend sein, dass der Betreffende auch unfähig ist, einen Vertreter zu bezeichnen, ansonst die Beistandschaft unstatthaft ist. Diese Unfähigkeit darf nicht leichthin vermutet werden, da die Beistandschaft einen Eingriff in die selbständige Rechtssphäre einer Person bedeutet [1]). Ist der Vertretungsbedürftige imstande, einen Vertreter zu bestellen, fehlt ihm aber die nötige Einsicht, um einen solchen auszuwählen, der die erforderlichen Kenntnisse und allgemeines Vertrauen besitzt, so wird dies unter Umständen der eigentlichen Unfähigkeit gleichzusetzen sein. Immerhin ist in einem solchen Falle auch die Errichtung einer Vormundschaft zu erwägen.

Zu dem Bedürfnis nach Vertretung im Sinne des Art. 392 Ziff. 1 muss eine dringende Angelegenheit Anlass geben. Da das Gesetz keinerlei Einschränkungen macht, kann diese im Rahmen der allgemeinen Rechtssätze über die Zulässigkeit einer Vertretung beliebiger Art sein. Meist wird es eine rechtliche, insbesondere eine vermögensrechtliche, es kann aber auch eine persönliche Angelegenheit sein; d. h. alles, was ins Tätigkeitsgebiet des Vormunds fällt, kann bei Dringlichkeit zum Gegenstande einer Vertretungsbeistandschaft werden. Der Vormund hat den Mündel in allen rechtlichen Angelegenheiten zu vertreten (Art. 407) und für dessen persönliches Wohl Sorge zu tragen (Art. 406). Dem Beistande kann folglich ebensogut wie die Vertretung des Verhinderten gegenüber Dritten auch eine Handlung der Fürsorge, z. B. die Verbringung in eine Anstalt, oder auch eine Verwaltungshandlung, die nicht zugleich Vertretung ist, übertragen

[1]) Mschr B Verw R *21* Nr. 192.

werden [1]). Unter dem Marginale «Vertretung» bei Art. 392 ist eben nicht die Stellvertretung im rechtsgeschäftlichen Sinn (Art. 32 ff. OR) allein zu verstehen, sondern die gesetzliche Vertretung, die viel umfassender ist als jene, was sich aus Art. 405 ff. ergibt.

Ausdrückliche Voraussetzung ist die Dringlichkeit des Eingreifens: es ist erforderlich, dass die Erledigung der Angelegenheit keinen Aufschub duldet und zwar entweder aus einem rein tatsächlichen Grund (Internierung bei plötzlichem Auftreten einer Geisteskrankheit, Einwilligung zu einer Operation) oder aus einem rechtlichen Grund, z. B. Verwirkung eines Rechtes bei Unterlassung der Geltendmachung innert bestimmter Frist (Widerspruchsklage [2])) oder Entstehung von Verbindlichkeiten bei Nichthandeln (Erbschaftsausschlagung).

Wenn ein vertraglich bestellter Vertreter da ist, darf im allgemeinen kein Beistand bestellt werden [3]). Fraglich ist, ob die Vormundschaftsbehörde die Befugnis zum Einschreiten hat, wenn der Verhinderte selber einen Vertreter ernannt hat, dieser sich aber als unfähig oder ungetreu erweist. Werden durch das Verhalten des Vertreters die Interessen des Vertretenen erheblich gefährdet, so ist die Dringlichkeit der Angelegenheit entschieden zu bejahen. Obschon das ZGB keine ausdrückliche Bestimmung hierüber enthält [4]), ist die Vormundschaftsbehörde in einem solchen Falle befugt und verpflichtet, einen Beistand zu ernennen, der die Vertretungsmacht des andern zu widerrufen und die Geschäfte, soweit nötig, selber an die Hand zu nehmen hat. Eine gewisse

---

[1]) BGE *42* [1] 374: die Behauptung der bloss ökonomischen Fürsorge ist unhaltbar bezüglich der eigentlichen Beistandschaft, da dazu auch Art. 392 gehört, zutreffend dagegen bezüglich der Beiratschaft. — Die im Text vertretene Ansicht ist herrschend, siehe die Kommentare zu Art. 392.

[2]) BGE *44* [3] 40. Aufforderung zur Widerspruchsklage an einen unbekannt Abwesenden.

[3]) JZ *14* Nr. 168 208.

[4]) Siehe dagegen BGB § 1911.

Vorsicht und Zurückhaltung ist natürlich geboten [1]; es ist aber kaum zu befürchten, dass die Behörde eingreift, wenn nicht Missbrauch oder sehr vernunftwidrige Handlungen seitens des Vertreters offenkundig sind.

Es ist nicht erforderlich, dass die zu erledigende Angelegenheit im ausschliesslichen oder überwiegenden Interesse des Verbeiständeten liege. So kann z. B. die Kündigung eines Darlehens oder der Widerruf einer Vertragsofferte, Dringlichkeit vorausgesetzt, vom Beistand entgegengenommen werden. Vertretung ist nicht notwendigerweise immer auch Interessenwahrung. Immerhin darf eine Beistandschaft nicht nur zur Wahrung der Interessen anderer, z. B. der Gläubiger des Verbeiständeten, aufrechterhalten werden, wenn ein vertraglicher Vertreter vorhanden ist [2]. — Dagegen muss es eine Angelegenheit sein, die den Verbeiständeten und nicht etwa andere interessierte Personen angeht, wie in jenem Fall [3], wo der «gemäss Art. 392 Ziff. 1 und 393 Ziff. 1» bestellte Beistand eines Verschollenen als Beistand den Auftrag erhielt, das Verschollenheitsverfahren durchzuführen; dies konnte er natürlich nur als privater Beauftragter der mutmasslichen Erben, nicht aber als Beistand des Verschollenen tun.

Eine letzte Voraussetzung der Vertretungsbeistandschaft ist so selbstverständlich, dass das Gesetz sie stillschweigend übergeht. Die zu erledigende Angelegenheit muss so beschaffen sein, dass die Vertretung durch eine Drittperson überhaupt möglich ist. In gewissen höchstpersönlichen Beziehungen ist eine Vertretung undenkbar. — Die im Sinne der blossen Unveräusserlichkeit und Unvererblichkeit sogenannten höchstpersönlichen Rechte (Wohnrecht) gehören nicht hierher, denn die persönliche Beschränkung leitet sich hier nicht aus der besondern Eigenschaft des Berechtigten als Persönlichkeit her, sondern es sind Vermögensrechte wie andere, nur ohne deren Verkehrsfähigkeit. So ist der gesetz-

[1] Kaufmann Art. 392 N. 9.
[2] JZ *14* Nr. 168 208. — [3] JZ *25* Nr. 37 40.

liche Vertreter, z. B. der Beistand, ohne weiteres legitimiert, gegen den aus einem solchen unübertragbaren Rechte Verpflichteten vorzugehen, wenn dieser dem Berechtigten die Ausübung nicht oder nicht in vollem Umfang gestattet.

Was hier in Frage steht, sind vielmehr die Rechte, die den Menschen «um ihrer Persönlichkeit willen zustehen» (Art. 19 II) [1]), und deren Ausübung dem Unmündigen oder Entmündigten, sofern er urteilsfähig ist, vorbehalten bleibt. Soll nun, wenn der Mündel urteilsunfähig ist, die Wahrung dieser höchstpersönlichen Rechte dem gesetzlichen Vertreter zustehen? Bezüglich der Vertretungsbeistandschaft: Soll der Beistand für die verhinderte Person handeln, auch wenn die dringliche Angelegenheit ein höchstpersönliches Recht betrifft? Die Antwort ist für beide Fälle die gleiche: Wenn für die an der selbständigen Wahrung ihrer Rechte verhinderte Person durch den Ausschluss der gesetzlichen Vertretung bezüglich eines höchstpersönlichen Rechts eine Sphäre der Rechtlosigkeit [2]) entstehen bzw. ein Rechtsgut verletzt

---

[1]) Also die Persönlichkeitsrechte und andere höchstpersönliche Rechte in diesem eigentlichen Sinn.

[2]) Dieses Kriterium ist in einem Urteil des bernischen Appellationshofes bei der Entscheidung der Frage, ob die Anhebung der Scheidungsklage durch den gesetzlichen Vertreter namens des urteilsunfähigen Ehegatten zulässig sei, aufgestellt worden (ZBJV *66* 514 = JZ *26* 286). Egger, Personenrecht (2) Art. 19 N. 9, verwendet es nicht, sondern stellt die Bejahung oder Verneinung der gesetzlichen Vertretung dem richterlichen Ermessen anheim. Die Unterscheidung danach, ob bei Ausschluss der Vertretung dem Berechtigten trotz Art. 11 effektiv der Rechtsschutz versagt wäre, bewährt sich bei allen von Egger aufgezählten Fällen, z. B.: Die gesetzliche Vertretung ist ausgeschlossen für die Eheschliessung, weil der Urteilsunfähige von Gesetzes wegen kein Recht auf Eheschliessung hat (Art. 97), ein solches also auch gar nicht verletzt werden kann; für den Abschluss eines Ehevertrages (JZ *22* 161), weil es einen gesetzlichen Güterstand gibt. Sie ist dagegen zulässig für die Scheidungsklage, weil auch der Urteilsunfähige Anspruch auf den Schutz der Art. 137 ff. hat (a. M. Egger); für die Geltendmachung der Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 28 f., weil auch der Urteilsunfähige Anspruch auf Schutz seiner persönlichen Integrität, seiner Individualität, seines Namens usw. hat. — Kaufmann Art. 407 N. 17 stellt im Anschluss an BGE *41* ^{2} 556 darauf ab, ob bei der Willensbildung das Gefühlsmoment

würde, so ist die gesetzliche Vertretung zulässig. Bei Art. 392 Ziff. 1 sind Fälle, in denen aus diesem Grunde der Beistand höchstpersönliche Angelegenheiten des Verhinderten zu besorgen hat, durchaus denkbar, wenn auch praktisch vielleicht nicht gerade häufig. Man denke etwa an Namensanmassung, Verletzung des Urheberrechts, missbräuchliche Verwendung von Kenntnissen über die Persönlichkeit oder das Leben der vertretungsbedürftigen Person. Die Legitimation des Beistandes muss hier nach unserm soeben aufgestellten Kriterium anerkannt werden, weil der Verhinderte sonst, trotzdem ihm die Rechte aus Art. 28 f. wie jedem andern Menschen zustehen, mangels einer Person, die sie geltend macht, tatsächlich rechtlos wäre. Dem Beistand kann auch — ein Fall, der praktisch eher vorkommen wird — der Entscheid über die körperliche Integrität zufallen, nämlich wenn er die Einwilligung zu einer Operation oder andern dringenden ärztlichen Eingriffen zu geben hat. Ist der Patient urteilsfähig, so entscheidet er selber, und zwar endgültig. Ist er urteilsunfähig, so tut es der gesetzliche Vertreter; denn wollte man den Arzt allein verfügen lassen, so wäre der Urteilsunfähige ohne Grund schlechter gestellt als der Urteilsfähige. Dabei ist zu beachten, dass bei einem im übrigen urteilsfähigen Patienten bezüglich dieser Entscheidung Urteils-

---

überwiegt. Damit kommt man aber z. B. bei der Scheidungsklage zu einem falschen Ergebnis. Die Verneinung der Vertretung bei Testamentserrichtung, Bezeichnung eines Begünstigten nach Art. 76 VVG usw. ergibt sich im wesentlichen nicht daraus, dass das Gefühlsmoment bei diesen Handlungen überwiegt, sondern daraus, dass kein Rechtsgut der am Handeln verhinderten Person verletzt wird: wer nicht testiert, wird eben nach gesetzlicher Ordnung beerbt usw. — Ähnlich ist es mit der Feststellung Eggers (Personenrecht (1) Art. 19, 3*a*), dass es sich bei Art. 19 II um Rechte handelt, «welche so eng mit der Persönlichkeit verknüpft sind, dass deren Ausübung vollständig in das Ermessen des Berechtigten gestellt werden muss, weil ein anderes gegen den Grundsatz der Unveräusserlichkeit der Persönlichkeit verstiesse». Das genügt nur für den Fall der Urteilsfähigkeit des Berechtigten, versagt aber bei der Frage der Vertretung im Falle der Urteilsunfähigkeit (Scheidungsklage) und, analog, der Verhinderung gemäss Art. 392 Ziff. 1.

unfähigkeit anzunehmen sein wird, wenn er wider alle Vernunft die Operation verweigert (z. B. aus übertriebener Angst) oder fordert (z. B. bei einer eingebildeten Krankheit), weshalb dann Recht und Pflicht der Entscheidung auf den Beistand übergeht. Die Urteilsunfähigkeit ist also hier Verhinderungsgrund gemäss Art. 392 Ziff. 1 [1]).

§ 4.

Die Beistandschaft als Ergänzung der gesetzlichen Vertretung.

In den durch Art. 392 Ziff. 2 und 3 geregelten Fällen hat der Beistand aushilfsweise die Stelle eines andern gesetzlichen Vertreters einzunehmen, weil dieser aus irgendeinem Grunde an der Erfüllung seines Amtes verhindert ist. Ziff. 2 bildet einen Anwendungsfall des in Ziff. 3 enthaltenen allgemeinen Grundsatzes, welcher nun zuerst behandelt werden soll.

I. Verhinderung des gesetzlichen Vertreters. Im Gegensatz zu Ziff. 2, wo nur vom gesetzlichen Vertreter einer unmündigen oder entmündigten Person die Rede ist, spricht Ziff. 3 vom gesetzlichen Vertreter schlechthin. Unter gesetzlichen Vertretern im Sinne dieser Bestimmung sind zu verstehen die Inhaber der elterlichen Gewalt, der Vormund, der Beistand und der Beirat [2]). Ziff. 3 kann nicht im Anschluss an Ziff. 2 auf die gesetzlichen Vertreter unmündiger und entmündigter Personen beschränkt werden, denn jeder gesetzlich Vertretene bedarf bei Verhinderung des Vertreters eines Ersatzvertreters, der Mündige sowohl wie der Unmündige

---

[1]) Pfeiffer JZ *10* 337; Egger, Personenrecht (2) Art. 19 N. 13; Hefti 138.

[2]) Manchmal hat auch die Vormundschaftsbehörde die Stellung eines direkten gesetzlichen Vertreters, z. B. nach Art. 386 und 449; bei Verhinderung eines Mitgliedes der Behörde oder der Behörde insgesamt greift aber das kantonale Recht ein (Art. 361 II). Aus Mschr B Verw R *15* Nr. 88, besonders in der Wiedergabe in JZ *14* Nr. 76 104, könnte man diesbezüglich falsche Schlüsse ziehen.

oder Entmündigte [1]). Die Beschränkung in Ziff. 2 hat ihren guten Grund [2]), weshalb man sich nicht einfach auf Analogie berufen kann. Wollte man Ziff. 3 auf den Beistand einer mündigen Person und den Beirat nicht anwenden, so stünde der Verbeiständete bei Verhinderung des Vertreters wieder ebenso hilflos da wie vor der Verbeiständung, bzw. die Beschränkung der Handlungsfähigkeit nach Art. 395 wäre illusorisch, — ein Resultat, das dem Schutzzweck des Vormundschaftsrechtes geradeswegs zuwiderläuft.

Der Ausdruck «Vertreter» ist kein Hindernis, Ziff. 2 und 3 auch dort anzuwenden, wo der Beistand bzw. Beirat nicht eigentliche Vertretungsfunktionen innehat, sondern Aufsichts- oder Hilfsperson ist (Art. 297 II, 395 I). Wie wir gesehen haben [3]), erstreckt sich die gesetzliche Vertretung weit über die Vertretung im privatrechtlichen Sinne hinaus. Jeder Beistand, welches seine Aufgabe auch immer sein mag, ist gesetzlicher Vertreter im Sinne des Vormundschaftsrechts im allgemeinen und des Art. 392 im besonderen.

Es fragt sich, ob der Ehemann als Prozessvertreter der Frau im Streit um eingebrachtes Gut (Art. 168 II) ebenfalls als gesetzlicher Vertreter im Sinne von Ziff. 3 zu betrachten sei. Das ist zu verneinen, denn Art. 168 II bildet das prozessuale Korrelat zu der dinglichen Verfügungsbefugnis des Mannes über das eheliche Vermögen, ist folglich in seinem Interesse aufgestellt, nicht aber zum Schutze der Frau. Ist der Mann verhindert, so tritt an seiner Stelle die voll handlungs- und prozessfähige Frau in den Prozess ein [4]). Eine vormundschaftliche Massnahme ist hier nicht begründet, weil die Frau nicht schutzbedürftig ist [5]).

[1]) Ebenso Trüeb 39. Anderer Meinung Kaufmann Art. 392 N. 26, aber ohne Begründung.

[2]) Siehe *II.*

[3]) § 3 21 f.

[4]) BGE *51* 2 272, JZ *19* Nr. 159 201. Ebenso die Kommentare.

[5]) Der Mann kann der Frau nach Art. 166 Vollmacht zur Prozessführung geben (JZ *10* Nr. 79 278), aber auch ohne eine solche kann die Frau bei Verhinderung des Mannes oder Interessenkollision selbständig prozedieren. Dieser Grundsatz kommt in dem Spezial-

Als Verhinderungsgründe kommen hier in erster Linie dieselben in Betracht, die wir schon bei Art. 392 Ziff. 1 kennengelernt haben, also Krankheit, Abwesenheit usw., jedoch mit dem Unterschiede, dass eine Verhinderung von sehr kurzer Dauer zur Errichtung einer Beistandschaft nur genügt, falls eine dringende Angelegenheit zu erledigen ist. Daneben gibt es Verhinderungsgründe, die speziell beim gesetzlichen Vertreter von Bedeutung sind; einige der wichtigsten greifen wir hier heraus.

Im Scheidungsprozess der Eltern kann eine Beistandschaft für die minderjährigen Kinder notwendig werden. Immerhin wird hier die Vormundschaftsbehörde die Weisung des Scheidungsrichters abzuwarten haben, welcher gemäss Art. 145 darüber befindet, ob nicht eine andere Massnahme genügt [1]). — Ist nur ein Elternteil an der Vertretung verhindert, so genügt die Vertretung durch den andern (Art. 274 III, 285 II argumento e contrario, 98 II u. a.). Eine Beistandschaft kommt gegenüber den Eltern also nur in Frage, wenn die Verhinderung beide oder denjenigen, der die elterliche Gewalt allein innehat, trifft. Verhinderungsgrund kann z. B. ein hängiges Verfahren betreffend Entzug der elterlichen Gewalt oder ein Entmündigungsverfahren sein. Wenngleich vor dem Entmündigungsentscheid die elterliche Gewalt rechtlich noch besteht und auch nachher erst durch ein besonderes Verfahren entzogen werden muss (Art. 285), so wird doch oft der tatsächliche Zustand des Gewalthabers die Unfähigkeit zur richtigen Ausübung derselben bewirken. Eine blosse Verbeiständung berührt die elterliche Gewalt rechtlich natürlich noch viel weniger als die Bevormundung. Inwieweit aber die Tatsachen, die zur Verbeiständung führten, die Ausübung der elterlichen Gewalt hindern und aus diesem Grunde eine Ergänzungsbeistandschaft erforderlich machen, ist eine Tatfrage und bestimmt sich nach dem Einzelfall.

---

fall des Art. 107 V SchKG gesetzlich zum Ausdruck (ZBJV *50* 371. — Siehe auch ZBJV *47* 585).

[1]) Vgl. § 2 13.

Mangelnde Geschäftsgewandtheit des gesetzlichen Vertreters kann unter Umständen als Verhinderung aufgefasst werden. Beruht sie bloss auf dem Fehlen gewisser technischer Kenntnisse, so kann der gesetzliche Vertreter natürlich selber einen Dritten beauftragen, z. B. einen Anwalt für den Vertretenen beiziehen. Liegt aber ein allgemeiner Mangel an Lebenserfahrung zugrunde (was bei vormundschaftlichen Vertretern kaum, wohl aber gelegentlich bei den Inhabern der elterlichen Gewalt vorkommen wird), so dass befürchtet werden muss, der gesetzliche Vertreter werde einen vertraglich Beauftragten nicht in der erforderlichen Weise instruieren und überwachen und die Richtigkeit und Zweckmässigkeit seiner Handlungen nicht annähernd sicher beurteilen können, so ist das als Verhinderung anzusehen [1]).

Eine rechtsgeschäftliche Übertragung der gesetzlichen Vertretungsmacht bei Verhinderung aus manchen rein tatsächlichen Gründen (Krankheit usw.) ist, wie soeben angedeutet wurde, in gewissem Umfange ohne weiteres zulässig [2]). Wo aber die Natur der Sache persönliche Entscheidungen des gesetzlichen Vertreters erfordert, oder wo diesem aus demselben Grunde, aus dem er am selbständigen Handeln verhindert ist, auch die Auswahl eines Vertreters nicht anvertraut werden darf, muss ein Beistand bestellt werden. Beruht die Verhinderung auf einem rechtlichen Grund, so ist die Bestellung eines privaten Vertreters ausnahmslos unzulässig [3]).

Der Hauptfall der Verhinderung aus rechtlichen Gründen, die Interessenkollision, ist in Ziff. 2 festgelegt, allerdings nur für handlungsunfähige Vertretene. Andere Fälle der

[1]) Die Behauptung Trüebs 41, dem gesetzlichen Vertreter könne bei mangelnder Sachkenntnis wider seinen Willen kein Beistand bestellt werden, ist unhaltbar. Das Interesse des Mündels muss auf jeden Fall vorgehen. Zudem liegt gar kein Verstoss gegen die Selbständigkeit der vormundschaftlichen Gewalt vor, weil sich die mangelnde Sachkenntnis zwanglos als Verhinderung gemäss Ziff. 3 konstruieren lässt.

[2]) Hefti 99 und 77 ff.

[3]) Trüeb 39, speziell betreffend Interessenkollision.

rechtlichen Verhinderung, z. B. auch die Interessenkollision bei handlungsfähigen Vertretenen, müssen unter Ziff. 3 subsumiert werden. Ist jemand gesetzlicher Vertreter mehrerer Personen, die zusammen ein Rechtsgeschäft abschliessen wollen, so kann er nur diejenigen vertreten, die gleichgerichtete Interessen haben. Für die andern muss ein Beistand bestellt werden. Die Vertretung widerstreitender Interessen durch ein und dieselbe Person, auch wenn keine eigenen Interessen des Vertreters (wie in Ziff. 2) im Spiele sind, ist unzulässig, weil dem Wesen der Vertretung und des Vormundschaftsrechts zuwiderlaufend. Ein solches Vertretungsverhältnis würde den gesetzlichen Vertreter bei seiner Verantwortlichkeit verpflichten, die Interessen sowohl der einen als auch der andern Partei zu wahren [1]). — Rechtliche Verhinderung liegt auch vor, wenn der Vormund wegen grober Nachlässigkeit usw. seines Amtes enthoben worden ist (Art. 445); wenn der Vormund oder ein naher Angehöriger desselben den Mündel heiraten will und selber die nach Art. 98 f. erforderliche Zustimmung geben müsste, usw.

Kann auch bei unrichtigen Handlungen des gesetzlichen Vertreters ein Beistand bestellt werden? Gegenüber den Eltern kann die Vormundschaftsbehörde einschreiten bei Pflichtwidrigkeit (Art. 283, 297). Bei den vormundschaftlichen Vertretern ist nicht einmal diese erforderlich [2]). Die Vormundschaftsbehörde kann stets in die Amtsführung des Vormundes oder Beistandes eingreifen, wenn ihr diese objektiv unzweckmässig erscheint (Art. 423, insb. II) [3]). Es ist nun aber unzulässig, hier durchweg einen Beistand zur Korrektur der Handlungen des gesetzlichen Vertreters zu bestellen; dies würde, von den gesetzlich festgelegten Ausnahmen (Art. 297 II) abgesehen, gegen den Grundsatz der

[1]) Mschr B Verw R *16* Nr. 103 (= JZ *15* Nr. 35 153). Ähnlich Trüeb 37, aber mit anderer Begründung. — Auf Art. 860 kann man sich nicht berufen, weil der Pfandhalter wohl die Rechte, nicht aber darüber hinaus ganz allgemein die Interessen beider Parteien zu wahren hat.

[2]) Anders BGB § 1837.

[3]) Egger Art. 405, 1*c*; Hefti 7.

Selbständigkeit der elterlichen und vormundschaftlichen Gewalt verstossen [1]). Eine Beistandschaft ist einzig da zulässig, wo der gesetzliche Vertreter sich weigert, eine notwendige Handlung vorzunehmen, indem die mangelnde Einsicht in die Notwendigkeit derselben eine Verhinderung im Sinne von Ziff. 3 darstellt. Als Beispiel sei der Fall erwähnt, wo der Vater einen notwendigen ärztlichen Eingriff zur Erhaltung der Gesundheit oder des Lebens des urteilsunfähigen Kindes in missbräuchlicher oder vernunftloser Weise nicht gestatten will; hier muss ein Beistand zur Erteilung der Einwilligung berufen werden [2]). — Fehlen den Eltern die zur Erziehung der Kinder erforderlichen moralischen Eigenschaften, so wird man darin kaum eine Verhinderung gemäss Ziff. 3 erblicken dürfen [3]), sondern eher an Massnahmen nach Art. 283 ff. zu denken haben.

Die Frage, ob der Ergänzungsbeistand Vertreter des Vertretenen oder des verhinderten Vertreters sei, beantwortet sich eindeutig aus Ziff. 2: würde er den wegen Interessenkollision ausgeschlossenen Vertreter vertreten, so wäre die Interessenkollission nicht beseitigt. Wie bei Ziff. 2 ist der Beistand folglich auch bei Ziff. 3 unmittelbarer Vertreter der gesetzlich vertretenen Person und wird es nicht erst mittelbar [4]).

In allen Fällen von Verhinderung, auch bei Ziff. 2, ist der gesetzliche Vertreter verpflichtet, der Vormundschaftsbehörde Anzeige zu machen, damit diese den Fall untersucht und nötigenfalls die Beistandschaft anordnet.

II. Interessenkollision zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem handlungsunfähigen Vertretenen. Dies ist der prak-

---

[1]) Siehe § 2 *I*.

[2]) Pfeiffer JZ *10* 337 ff. wirft diese Frage auf, ohne sie jedoch zu beantworten.

[3]) Wie Egger Art. 392, *5a*; zutreffend Kaufmann Art. 392 N. 28.

[4]) Als Vertreter des Vertreters, wie Kaufmann Art. 392 N. 46 meint.

tisch wichtigste Fall der rechtlichen Verhinderung. Da in Ziff. 2 nur vom gesetzlichen Vertreter einer unmündigen oder entmündigten Person die Rede ist, kommen hier vorerst in Betracht die Eltern, der Vormund und der Beistand gemäss Art. 311 und 297 II und etwa noch der Ergänzungsbeistand (Art. 392 Ziff. 2 und 3) eines Bevormundeten. Hat der gesetzliche Vertreter Interessen, die denen des Mündels bzw. Kindes widerstreiten, so ist seine Vertretungsmacht im Umfang dieser Interessen suspendiert. In die Lücke tritt ein Beistand ein. Der Zweck dieser Bestimmung liegt auf der Hand: Denjenigen, die sich wegen Handlungsunfähigkeit ihrem gesetzlichen Vertreter gegenüber nicht zur Wehr setzen können, soll eine möglichst kräftige Wahrung ihrer Interessen von Gesetzes wegen gewährleistet sein. Die ratio legis lässt nun aber erkennen, dass der Gesetzestext etwas zu eng gefasst ist. Denn nicht nur unmündige oder entmündigte Personen sind handlungsunfähig, sondern auch mündige, aber urteilsunfähige Personen, denen mangels eines allgemeinen Fürsorgebedürfnisses statt eines Vormunds ein Beistand gegeben worden ist [1]). Es sollte also in Ziff. 2 in etwas allgemeinerer Fassung heissen: «Wenn der gesetzliche Vertreter einer handlungsunfähigen Person...». Bei mündigen und urteilsfähigen verbeiständeten und bei verbeirateten, also grundsätzlich handlungsfähigen Personen ist ein entsprechender Schutz weniger dringend, weil man vermuten kann, dass sie fähig sind, selber einzugreifen. Zudem gelten die Bestimmungen über die Beschwerdeführung (Art. 420) und die Verantwortlichkeit (Art. 426), so dass auch in diesen Fällen wenigstens eine nachträgliche Korrektur möglich ist [2]). Natürlich

[1]) § 3 17; § 8 65 Ziff. 4.

[2]) Die herrschende Meinung dehnt Ziff. 2 analog auf den Beirat aus (siehe die Komm. und Trüeb 38), was mir aber nicht zulässig erscheint, da in dieser Hinsicht für den Verbeirateten kein grösseres Bedürfnis als für den mündigen und urteilsfähigen Verbeiständeten, z. B. nach Art. 393 Ziff. 2, besteht; es sei denn, man wolle Ziff. 2 auf alle gesetzlichen Vertreter anwenden, was de lege lata unmöglich ist. Zudem hat gemäss Art. 422 Ziff. 7 die Aufsichtsbehörde die unter Art. 395 Ziff. 1—9 aufgezählten Rechtsgeschäfte zu genehmigen, falls

steht es den Beteiligten frei, unter Berufung auf Ziff. 3 einen Beistand zu verlangen. Der Unterschied ist der, dass die Vormundschaftsbehörde bei handlungsfähigen Personen nicht von Amtes wegen vorzugehen hat, nicht aber der, dass überhaupt keine Ergänzungsbeistandschaft möglich wäre. Der Ausschluss des gesetzlichen Vertreters bei Interessenkollision ist hier ins Belieben der Parteien gestellt, bei Handlungsunfähigen dagegen von Gesetzes wegen vorgesehen.

Diese Verschiedenheit bringt es mit sich, dass bei Tätigkeit des Vertreters trotz Interessenkollision die Rechtsfolgen in diesen beiden Fällen verschiedene sind. Hat eine gesetzlich vertretene handlungsfähige Person nichts zur Vermeidung der Interessenkollision getan, so sind die vorgenommenen Rechtshandlungen für sie vollgültig. Beim Vertreter einer handlungsunfähigen Person hingegen sind, da die Vertretungsmacht durch Art. 392 Ziff. 2 ausgeschlossen ist, die Bestimmungen über die Vertretung ohne Ermächtigung (Art. 38 OR) bzw. Art. 424 ZGB analog anzuwenden [1]). Danach sind die Handlungen des Vertreters für den handlungsunfähigen Vertretenen unverbindlich, und der Vertreter haftet für den daraus entstehenden Schaden. In Rechtskraft erwachsen sie, wenn die Vormundschaftsbehörde sie bei Fristansetzung durch die Gegenpartei (vgl. Art. 410 f.) genehmigt und gegen die Genehmigung nicht rechtzeitig Beschwerde geführt wird [2]).

Zur Anwendung von Art. 392 Ziff. 2 genügt nicht, dass der gesetzliche Vertreter neben den Interessen des Handlungsunfähigen noch eigene Sonderinteressen verfolge. Seine Interessen müssen vielmehr zu den Interessen des Schützlings in einem Gegensatz stehen, ansonst keine Interessenkollision vorliegt [3]). Widersprechende Interessen bestehen stets bei

---

sie zwischen Beirat und Verbeiratetem abgeschlossen werden, so dass also in diesen wichtigen Fällen eine Kontrolle vorhanden ist.

[1]) Egger Art. 392, 4*c*; Hefti 99.

[2]) JZ *14* Nr. 230 270 (= Mschr B VerwR *15* Nr. 147).

[3]) Trüeb 37.

Rechtsstreitigkeiten und sehr oft bei Rechtsgeschäften zwischen Vertreter und Vertretenem. Obwohl man aus Artikel 422 Ziff. 7 anscheinend das Gegenteil herauslesen könnte, ist das Selbstkontrahieren des gesetzlichen Vertreters [1]) grundsätzlich ausgeschlossen [2]). Das ergibt sich aus Art. 392 Ziff. 2 und 3, 282 und in gewissem Sinne aus 422 Ziff. 7, wonach der gesetzliche Vertreter nicht unbeaufsichtigt handeln darf, sofern seine Vertretungsmacht nicht überhaupt ausgeschlossen ist. Beim Selbstkontrahieren des Vertreters spricht die Vermutung eben eher für die Gefahr der Übervorteilung und der Nichtbeachtung der Interessen des Vertretenen als dagegen. Ausgenommen sind Fälle, in denen der Vertretene gegenüber dem Vertreter nur berechtigt, nicht aber verpflichtet werden soll, reine Erfüllungsgeschäfte und überhaupt Geschäfte, bei denen eine Übervorteilung von vornherein ausgeschlossen ist.

Für die Eltern besteht die Sondervorschrift des Art. 282. Daraus, dass Art. 282 im Gegensatz zu Art. 392 Ziff. 2 nur von Rechtsgeschäften, nicht von Angelegenheiten im allgemeinen spricht, darf man nicht schliessen, dass in andern Fällen von Interessenkollision zwischen Eltern und Kind eine Beistandschaft nicht zulässig wäre. Es verhält sich vielmehr einfach so, dass Art. 282 (abgesehen von dem Erfordernis der Genehmigung der Vormundschaftsbehörde) nur ein Anwendungsfall von Art. 392 Ziff. 2 ist, diese Bestimmung also nicht ausschliessen will [3]). Ebensowenig wird Art. 392 Ziff. 2 durch Art. 291 ausgeschlossen, da bei Auflösung der Ehe die Einreichung eines Inventars über das Kindesvermögen oft bei weitem nicht genügt. Beim Tod

---

[1]) Wie das des rechtsgeschäftlichen Vertreters: BGB § 181 ist bei uns ein ungeschriebener Rechtssatz. Siehe BGE *39* [2] 568 und v. Tuhr, Obligationenrecht *1* 308.

[2]) Ob sich Art. 422 Ziff. 7 auf alle Verträge zwischen Vormund und Mündel bezieht, auch auf diejenigen des alltäglichen kleinen Verkehrs, steht hier nicht zur Untersuchung. Kaufmann Art. 422 N. 19 ff. schwankt in der Beantwortung. Vgl. 37 Anm. 2.

[3]) BGE *38* [2] 445.

des einen Elternteils ist gerade für die dem Inventar [1]) vorausgehenden Handlungen ein Beistand zur Wahrung der Interessen des Kindes oft sehr notwendig. So darf z. B. der überlebende Ehegatte den Nachlass nicht namens des Kindes ausschlagen, weil er dies im Hinblick auf Art. 574 möglicherweise tut, um selber an Stelle des Kindes zu erben [2]), ausgenommen wenn wegen Überschuldung des Nachlasses ausgeschlagen wird. Auch die Ausschlagung von Vermächtnissen durch den erbberechtigten Vater namens der Kinder ist unzulässig, weil dieser durch den Hinfall der Vermächtnisse bereichert würde [3]). Die Tätigkeit eines Beistandes, der zur Wahrung der Interessen des Kindes bei Tod des einen Elternteils berufen worden ist, erstreckt sich auf die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft und je nach den Umständen auf das Begehren um ein öffentliches Inventar und auf alle Handlungen, die zur Feststellung des Nachlasses erforderlich sind, z. B. Prozesse (über bestrittene Frauengutsforderung usw.), sowie auf die Durchführung der Teilung bzw. den Abschluss eines Teilungsvertrages. Ein Beistand ist auch stets notwendig, wenn das Kind gegenüber dem Inhaber der elterlichen Gewalt das Eigentum am Nachlass des verstorbenen Elternteils beansprucht [4]) und wenn es einen Erbverzicht mit den Eltern eingeht. Sind Eltern und Kind gemeinsam an der Erbteilung über die Erbschaft eines Dritten beteiligt, so wird mangels Interessenkonfliktes eine Beistandschaft meist nicht nötig sein.

Unter Art. 282 fallen alle Geschäfte, durch die das Kind im Interesse der Eltern verpflichtet wird, seien es Geschäfte zwischen dem Kind und den Eltern oder solche zwischen dem Kind und Dritten, und zwar ist es bei diesen letzteren nicht erforderlich, dass sie unmittelbar zugunsten der Eltern eingegangen werden (Bürgschaft). Es genügt, unter dem gleich

[1]) Beim Inventar selber braucht nach Art. 291 nicht unbedingt ein Beistand mitzuwirken. Anderer Meinung Egger Art. 392, 4*b*.

[2]) JZ *15* Nr. 22 103; BGE *38* [2] 445.

[3]) JZ *25* Nr. 93 137.

[4]) Praxis des BG *2* Nr. 29.

zu erwähnenden Vorbehalt, dass solche Geschäfte rein wirtschaftlich den Eltern zugute kommen, z. B. ein Darlehen, für das die Liegenschaft des Kindes verpfändet wurde. Ist für den Gegenkontrahenten erkennbar, dass das Geschäft wirtschaftlich einer Interzession des Kindes gleichkommt, so hat ein Beistand mitzuwirken, ansonst das Kind nachträglich die Einrede aus Art. 282 erheben kann [1]).

Bezüglich des Vormundes kann im Hinblick auf Art. 392 Ziff. 2 als allgemeine Richtlinie folgendes aufgestellt werden: Da der Vormund im Gesetz bedeutend strenger behandelt wird als die Eltern, so ist dementsprechend der Begriff der Interessenkollision bei ihm weiter zu fassen als bei jenen, d. h. gegenüber dem Vormund genügt die blosse Möglichkeit einer Gefährdung der Interessen des Mündels, um einen Beistand eingreifen zu lassen [2]). Der Vormund wird z. B. immer von der Vertretung des Mündels auszuschliessen sein bei einem Verpflichtungsgeschäft zwischen diesem und einem nahen Angehörigen des Vormunds [3]).

Das Verhältnis zwischen Art. 392 Ziff. 2 und 422 Ziff. 7 ist ziemlich unabgeklärt [4]). Aus diesen Bestimmungen darf auf keinen Fall gefolgert werden, dass sich Art. 392 Ziff. 2 nur auf Angelegenheiten der tatsächlichen Fürsorge beziehe und die Rechtsgeschäfte zwischen Vormund und Mündel einzig durch Art. 422 Ziff. 7 geregelt würden. Eine derartige Besserstellung des Vormunds gegenüber den Eltern (kein

[1]) BGE *45* [2] 121. — Siehe auch ZBJV *55* 171. — Diese Erkennbarkeit für den Dritten ist wesentlich. Wollte man auf den den Eltern zukommenden wirtschaftlichen Erfolg allein abstellen, so würde damit nur erreicht, dass im Verkehr durchweg ein Beistand verlangt würde, was den Art. 290 und 279 entgegensteht. — Weitere Beispiele betreffend Art. 282 bei Trüeb 35, z. B. Gesellschaftsvertrag zwischen Mutter und Kindern über die Fortführung des Geschäftsbetriebes des verstorbenen Vaters; Belastung von Forderungen des Kindes oder Verminderung bestehender Sicherheiten.

[2]) Egger Art. 392, *4b*. Um die Eltern von der Vertretung auszuschliessen, muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Gefährdung vorhanden sein.

[3]) Vgl. BGB § 1795.

[4]) Kaufmann Art. 422 N. 19 ff.; Hefti 98.

Beistand im Gegensatz zu Art. 282) entspricht der Auffassung des Gesetzes nicht. Art. 282 ermöglicht die Lösung der Frage. Es ist nämlich auch nicht richtig, bei Interessenkollision einfach Art. 392 Ziff. 2 anzuwenden und Art. 422 Ziff. 7 auszuschalten; vielmehr müssen beide Bestimmungen kombiniert werden. In analoger Weiterführung des Gedankens von Art. 282, wonach bei Interessenkollision der Eltern Beistandschaft und Genehmigung der Vormundschaftsbehörde vorgeschrieben sind, ist im gleichen Falle beim Vormund ausserdem Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich. Dieses Resultat steht im Einklang mit der obigen Feststellung, dass gegenüber dem Vormund im allgemeinen mehr Kautelen vorgesehen sind als gegenüber den Eltern [1]).

Wenn der Vormund seine besondern Fachkenntnisse als Handwerker, Anwalt, Arzt usw. dem Mündel zur Verfügung stellt, so wird selten Interessenkollision vorliegen; immerhin wird je nach der Bedeutung des Rechtsgeschäftes die Zustimmung der Aufsichtsbehörde gemäss Art. 422 Ziff. 7 in manchen Fällen einzuholen sein [2]). Ein Beistand ist immer zu bestellen, wenn der Vormund als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter im Geschäft des Mündels angestellt werden soll; wenn der Mündel dem Vormund ein Darlehen, selbst ein genügend gesichertes, gewährt; wenn ein Mündelgrundstück dem Vormund vermietet werden soll; wenn der Mündel sich im Interesse des Vormundes gegenüber Dritten verpflichtet [3]). Ferner beim Abschluss von Lehr- und Kostgeldverträgen zwischen beiden [4]): es muss geprüft werden, ob die Aufnahme in die Hausgemeinschaft des Vormundes dem Mündel förderlich sein wird. In allen diesen Fällen ist die Genehmigung der Aufsichtsbehörde einzuholen, da es sich um Verträge nach Art. 422 Ziff. 7 handelt.

---

[1]) Art. 422 Ziff. 7 greift natürlich über das Gebiet von Art. 392 Ziff. 2 weit hinaus, was aber hier nicht zu untersuchen ist.

[2]) Art. 422 Ziff. 7 lautet entschieden zu allgemein.

[3]) Art. 282 analog.

[4]) JZ *24* Nr. 16 22.

Bei dauernder Interessenkollision genügt ein Beistand nicht. Der Vormund muss seines Amtes enthoben werden[1]); so z. B. der Ehemann, der Vormund seiner Frau ist und aus deren Vermögen lebt [2]).

Rechtsstreitigkeiten bewirken ausnahmslos widerstreitende Interessen zwischen Vertreter und Vertretenem. So ist, um nur einige Beispiele herauszugreifen, dem Kinde bei Anfechtung der Ehelichkeit (Art. 253) ein Beistand zu ernennen, da die Mutter zur Vertretung nicht als geeignet erscheint. Ein Beistand ist ferner nötig zur Betreibung des gesetzlichen Vertreters [3]), zur Abgabe der Erklärung betreffend privilegierte Anschlusspfändung (SchKG Art. 111) usw. Bei einer Widerspruchsklage kann der gesetzliche Vertreter den Schützling vertreten, falls er als Schuldner den Eigentumsanspruch desselben anerkannt hat, andernfalls wegen Interessenkollision nicht [4]). — Speziell beim Vormund kommen etwa in Betracht Schadenersatzklagen des Mündels (Art. 426 ff.) und Beschwerden (Art. 420) [5]).

§ 5.

Stellung und Tätigkeit des Vertretungsbeistandes.

Gemäss Art. 417 hat die Errichtung einer Beistandschaft (im eigentlichen Sinn = Art. 392 und 393) auf die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person keinen Einfluss. Wer unter der elterlichen Gewalt oder unter Vormundschaft steht, bleibt selbstverständlich auch im Falle von Art. 392 Ziff. 2 oder 3 handlungsunfähig; ein Verbeirateter bleibt im Umfang

---

[1]) Vgl. Art. 384 Ziff. 3.

[2]) JZ 15 Nr. 97 150.

[3]) Silbernagel Art. 301 N. 2 betreffend Eltern; ausgenommen wenn der nichtbetriebene Elternteil für das Kind handeln kann.

[4]) Kaufmann Art. 392 N. 20.

[5]) Der Anspruch des Mündels auf sichere Anlage des Vermögens, auf Rechnungstellung usw. kann nicht, wie Hefti 169 und 223 meint, durch zivilrechtliche Klage, sondern nur mittels Beschwerde geltend gemacht werden.

des Art. 395 I oder II in seiner Handlungsfähigkeit beschränkt. Eine mündige Person bleibt, Urteilsfähigkeit vorausgesetzt, voll handlungsfähig; der Beistand hat hier die gleiche rechtliche Stellung wie der private Bevollmächtigte einer handlungsfähigen Person [1]), weshalb es, wenn ausser dem Beistand auch sie in die Geschäfte eingreift, zu kollidierenden Handlungen kommen kann. Bei Art. 392 Ziff. 1 ist diese Wahrscheinlichkeit praktisch gering, da der Beistand eben gerade bestellt wird, weil der Handlungsberechtigte verhindert ist [2]). Die Rechtsfolgen, die sich aus kollidierenden Handlungen ergeben, werden erst im Zusammenhang mit der Verwaltungsbeistandschaft [3]) erörtert werden, wo sie eine grössere Rolle spielen. Was dort gesagt wird, ist auch auf die Vertretungsbeistandschaft anwendbar.

Bleibt die Handlungsfähigkeit rechtlich auch bestehen, so wird doch meist der Grund, der zur Beistandschaft führte, eine tatsächliche Beschränkung in mancher Hinsicht hervorrufen. So wird man dem Verbeiständeten im allgemeinen die Führung einer Vormundschaft nicht übertragen können. — Die Handlungsfähigkeit des Verbeiständeten kommt aber stets darin zum Ausdruck, dass die Beistandschaft keinen Wechsel des zivilrechtlichen Wohnsitzes zur Folge hat. Art. 25 wie auch 377 und 421 Ziff. 14 sind nur bei der Vormundschaft anwendbar.

Der Vertretungsbeistand ist in seiner Amtsführung von der Vormundschaftsbehörde viel abhängiger als der Vormund und der Verwaltungsbeistand. Während der Vormund (und ähnlich auch der Verwaltungsbeistand) seine Kompetenzen aus dem Gesetz ableitet und unter eigener Verantwortung von der Behörde zu keinem bestimmten Verhalten gezwungen werden kann [4]), hat der Vertretungsbeistand die

[1]) Egger Art. 417, 2*a*; Huber, Erläuterungen (2) 300.

[2]) Wenn dieser doch eingreift, so wird meist die Lösung darin liegen, dass die Beistandschaft mit Wegfall der Verhinderung ipso iure aufhört (siehe 46).

[3]) § 9 72 ff.

[4]) Hefti 36.

Anweisungen der Behörde genau zu beobachten (Art. 418). Der Umfang seiner Vertretungsmacht ist also gesetzlich nicht näher abgegrenzt, was auch gar nicht möglich wäre, da die von ihm zu erledigenden Angelegenheiten so äusserst verschieden sein können. Die Initiative zu den einzelnen vormundschaftlichen Fürsorgehandlungen liegt bei der Vormundschaftsbehörde [1]). Normalerweise werden von ihr im Einsetzungsbeschluss zusammen mit der Bezeichnung der Aufgabe auch die nötigen Weisungen erteilt z. B. Abgabe oder Entgegennahme einer Willenserklärung, Erteilung einer Zustimmung, einer Unterschrift, Klageerhebung, Abschluss eines Vergleiches, Gutheissung eines Erbteilungsvertrages [2]). Wird das unterlassen, so hat der Beistand um Instruktionen nachzusuchen, nötigenfalls mittels Beschwerde [3]). Handelt er statt dessen nach eigenem Gutdünken, so sind seine Handlungen, wenn sich seine Vertretungsmacht gemäss dem Einsetzungsbeschluss überhaupt so weit erstrecken konnte [4]), gültig, er wird aber für allfällige ungünstige Folgen verantwortlich, wie wenn er den Weisungen zuwidergehandelt hätte. Seine Stellung entspricht völlig derjenigen des Vormundes nach Art. 400 ff., der dort auch nach den Weisungen der Vormundschaftsbehörde vorzugehen hat.

Die Anweisungen gemäss Art. 418 werden oft zuerst ziemlich allgemein lauten, indem der Beistand vielleicht zunächst nur die nähern Umstände zu prüfen und darüber Bericht zu erstatten hat, worauf die Behörde das Weitere anordnet, indem sie z. B. die Ermächtigung zu einer bestimmten Rechtshandlung erteilt. Eine besondere Ermächtigung ist zu jeder Vertretungshandlung notwendig [5]). Inwieweit sie in den Weisungen bereits enthalten war oder durch Gesuch um Ergänzung derselben eingeholt werden muss,

---

[1]) Egger Art. 418, 1.
[2]) Diese und weitere Beispiele bei Egger Art. 418, 1.
[3]) Kaufmann Art. 418 N. 2.
[4]) Siehe das Folgende.
[5]) Kaufmann Art. 418 N. 3.

ist eine Frage der Interpretation im einzelnen Fall. Ist der Behörde bei ihren Weisungen ein wesentlicher Umstand entgangen oder überhaupt nicht bekannt gewesen, so muss der Beistand sie um Ergänzung oder Berichtigung ersuchen; er ist also in seinen Handlungen durch die Weisungen nicht unbedingt gedeckt. Er ist eben trotz Art. 418 ein selbständiges vormundschaftliches Organ (Art. 360), dessen Ermessen nicht völlig ausgeschaltet ist, — und nicht nur ausführender Gehilfe der Vormundschaftsbehörde. Ein allzu ängstliches Sichanklammern an den Wortlaut der Anweisungen ist zu vermeiden. Es mag vorkommen, dass der Beistand in Fällen, wo dringendes Handeln notwendig wird, selbständig das tut, was seine vernünftige Überlegung ihm vorschreibt, selbst wenn es den Weisungen widersprechen sollte, und sich nachträglich vor der Behörde rechtfertigt [1]). Im Umfang einer vernünftigen Auslegung der Weisungen ist die Vertretungsmacht zu präsumieren [2]), nicht aber darüber hinaus[3]). Nie kann der Beistand einzelne Handlungen, zu denen ein Vormund der besonderen Ermächtigung der Vormundschaftsbehörde bedarf, eigenmächtig vornehmen. So berechtigt eine allgemeine Prozessvollmacht den Beistand nicht zur Abstandserklärung, da sogar schon der Prozessvergleich der Zustimmung der Behörde unterstellt ist (Art. 421) [4]).

Um zu erkennen, wie sich die Anweisungen nach Art. 418 zu der Zustimmung der vormundschaftlichen Behörden bei den in Art. 421 f. aufgezählten Rechtshandlungen verhalten, muss zuerst untersucht werden, ob Art. 421 f. auf die Beistandschaft überhaupt anwendbar sind. Es ist nicht zu bezweifeln, dass dort, wo der Beistand an die Stelle des Vormunds tritt (Art. 392 Ziff. 2 und 3), ohne weiteres auch Art. 421 f. eingreifen. Dafür, dass Art. 421 f. aber überhaupt bei jeder Art von Beistandschaft anzuwenden sind, sprechen

[1]) In ähnlichem Sinne Egger Art. 418, 2.

[2]) Trüeb 79.

[3]) Im Gegensatze hierzu allgemeine Vermutung bezüglich des Vormunds, Vertreter zu sein: Art. 367; Hefti 83.

[4]) JZ *13* Nr. 147 179.

zwei verschiedene Erwägungen. Einmal lässt sich aus der systematischen Stellung der Art. 421 f. einiges schliessen. Sie befinden sich im Gesetz nicht im Anschluss an den ersten Abschnitt (Amt des Vormunds), sondern als dritter Abschnitt erst nach dem zweiten (Amt des Beistandes). Der dritte Abschnitt (Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden) handelt in Art. 420 von der Beschwerde, die unzweifelhaft für alle vormundschaftlichen Organe Geltung hat, in Art. 421 und 422 von der Zustimmung der vormundschaftlichen Behörden zu wichtigen Rechtshandlungen, wo im Gegensatz zu Art. 420 nicht einmal speziell vom Vormund die Rede ist, sondern ohne Einschränkung ganz allgemein gesagt wird: «Die Zustimmung... wird für folgende Fälle gefordert...». — Dazu kommt eine praktische Erwägung. Der Zweck, der dem Gesetz in Art. 421 im Hinblick auf den Vormund zugrunde liegt, ist beim Beistand ebenfalls gegeben: beide sollen von der Verantwortung alleiniger Entscheidung in Geschäften von grosser finanzieller oder persönlicher Tragweite entlastet werden. Wollte man dem Beistand diese Erleichterung nicht zukommen lassen, so würde er davor zurückschrecken, solche Geschäfte, die im Interesse des Vertretenen manchmal geboten erscheinen, überhaupt vorzunehmen [1]).

Muss folglich die Anwendbarkeit der Art. 421 f. auf die Beistandschaft grundsätzlich bejaht werden [2]), so führt dies bei der Vertretungsbeistandschaft infolge des Art. 418 zu

---

[1]) Aus demselben Grunde möchte ich die Genehmigung auch bei der Beiratschaft für erforderlich halten, entsprechend der Praxis im Kt. Bern. Die rein logische Überlegung, dass durch die Mitwirkung des Beirates die unvollständige Handlungsfähigkeit des Verbeirateten ergänzt wird, so dass das Zusammenwirken beider der Tätigkeit einer voll handlungsfähigen Person gleichkommt, die auch keiner Genehmigung bedarf, muss zurücktreten vor der praktischen Erwägung, dass in Wirklichkeit der Beirat den Ausschlag gibt, ähnlich wie der Vormund, der ohne den Schützling handelt. — Anders Schudel 46 ff. und 68.

[2]) Trüeb 82 scheint Art. 421 auf den Beistand handlungsunfähiger Personen beschränken zu wollen; ebenfalls unentschieden sind die Kommentare und die Praxis.

einer Doppelspurigkeit in denjenigen Fällen, wo der Beistand mit einer der in Art. 421 erwähnten Handlungen beauftragt wird. Die Genehmigung ist in der Wirkung einer zum voraus gegebenen Ermächtigung gleichzustellen. Folglich kann immer dann die Zustimmung gemäss Art. 421 unterbleiben, wenn in den Weisungen schon die Ermächtigung zu der betreffenden Rechtshandlung enthalten war. Die Weisungen können an und für sich der Zustimmung nicht gleichgestellt werden [1]; es muss immer untersucht werden, ob sie eine Ermächtigung umfassten. Im Hinblick auf Art. 421 ist es ja gleichgültig, ob die Zustimmung zum voraus oder nachträglich gegeben wird. Wurde der Beistand in den Anweisungen noch nicht unmittelbar zu einer der in Art. 421 enthaltenen Handlungen ermächtigt, wurde er z. B. nur beauftragt, über einen Grundstückverkauf zu verhandeln und den Wortlaut des Vertrages festzusetzen, so bedarf der endgültige Vertrag noch der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde. Die Zustimmung der Aufsichtsbehörde bei einem Fall des Art. 422, z. B. Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft, ist natürlich stets einzuholen, da diese an den Anweisungen nicht beteiligt war. — Eine Ermächtigung durch den handlungsfähigen Vertretenen wie in Art. 419 II ist bei der Vertretungsbeistandschaft nicht möglich, da dieser nach Art. 392 Ziff. 1 vorausgesetztermassen am Eingreifen verhindert ist.

Das Amt des Beistandes ist, wie das des Vormundes, ein höchstpersönliches, grundsätzlich unübertragbares. Wie der Vormund kann aber natürlich auch der Beistand einzelne Handlungen, die ihrer Natur nach seine persönliche Betätigung nicht erfordern, durch Dritte ausführen lassen [2]. Selbstverständlich haftet er für sorgfältige Auswahl und Instruktion des Dritten.

Die Ordnung des beistandschaftlichen Amtes in Art. 417 bis 419 umfasst nur die allgemeinsten Grundsätze. Alle

[1]) Egger Art. 407, 2*d* betreffend Art. 400—404.

[2]) Egger Art. 407, 1*b*; Hefti 77 ff.: Übertragbarkeit der vormundschaftlichen Vertretungsmacht. Vgl. § 4 29.

Einzelfragen, die sich erheben können, müssen aus den Bestimmungen über das Amt des Vormundes beantwortet werden. Da die Rechte und Pflichten des Beistandes nirgends speziell geregelt sind, bezieht sich die Verweisung des Art. 367 III ohne weiteres auch auf Art. 398 ff., soweit diese Bestimmungen im einzelnen Falle brauchbar sind. Art. 398 ff. werden nicht etwa durch Art. 417 ff. ausgeschlossen [1]).

Art. 398—404 betreffend die Übernahme des Amtes spielen im Gegensatz zu der Verwaltungsbeistandschaft bei der Vertretungsbeistandschaft eine ziemlich geringe Rolle, da der Vertretungsbeistand stets nur einzelne Angelegenheiten zu besorgen hat. Eine Inventaraufnahme usw. wird da kaum einmal erforderlich sein [2]). Muss z. B. eine Liquidation durchgeführt werden, so ist richtigerweise kein Vertretungs-, sondern ein Verwaltungsbeistand zu ernennen.

Die Aufgabe des Beistandes kann beliebiger Art sein. Wie wir gesehen haben, bildet sie stets irgendeinen Ausschnitt aus der Tätigkeit des Vormunds [3]), kann also persönliche Fürsorge oder rechtsgeschäftliche Vertretung sein. Ob für einzelne Verwaltungsangelegenheiten eine Vertretungs- oder eine Verwaltungsbeistandschaft angemessener ist, kann nur im Hinblick auf konkrete Tatbestände entschieden werden; eine allgemeine Abgrenzung ist hier nicht möglich. —In der Durchführung seines Amtes hat sich der Beistand an die für ihn nach dem betreffenden Fall jeweils in Betracht kommenden Bestimmungen der Art. 405 ff. zu halten, bzw. die Vormundschaftsbehörde hat ihre Anweisungen danach zu orientieren. In unseren früheren Ausführungen wurden mancherlei Fälle erwähnt, aus denen man sich ein Bild von dem vielgestaltigen Tätigkeitsfeld eines Beistandes machen kann. Um Wiederholungen zu vermeiden, sei auf dieselben verwiesen [4]).

---

[1]) Kaufmann, Vorbemerkungen zu Art. 417 ff. N. 3.

[2]) JZ *16* Nr. 218 337.

[3]) Siehe § 1.

[4]) Eine gewisse Schwierigkeit besteht darin, dass die Praxis der untern Instanzen nicht zugänglich ist. Der veröffentlichten

Als allgemeiner Grundsatz bei der analogen Anwendung der Art. 405 ff. gilt, dass die Zwangsbefugnisse, die der Befehlsgewalt des Vormunds entspringen, dem Beistand einer mündigen Person im allgemeinen nicht zugebilligt werden dürfen, weil sie nicht irgendwie beschränkt, sondern nur unterstützt werden soll. Wo dies ausnahmsweise zulässig ist (Unterbringung in eine Anstalt, Entscheidung über ärztlichen Eingriff), beruht es darauf, dass die schutzbedürftige Person in der in Frage stehenden Beziehung als handlungsunfähig anzusehen ist, weshalb ihre Stellung zum Beistand ähnlich derjenigen des Mündels zum Vormund wird. Dabei ist aber zu beachten, dass hier, wie auch dort wo der Beistand die Stelle des Vormundes innehat (Ziff. 2 und 3), seine Zwangsbefugnisse insofern eine Modifikation erleiden, als sie ihm gemäss Art. 418 gewissermassen einzeln verliehen werden müssen und folglich nur ein schwacher Abglanz der Befehlsgewalt des Vormunds sind.

Im allgemeinen können die Art. 405 ff. auf den Beistand einer handlungsunfähigen Person ziemlich unverändert angewandt werden. Für den Beistand einer handlungsfähigen Person kommen Art. 406 nur ausnahmsweise, 410 ff. überhaupt nicht in Betracht. Fraglich ist, ob das Verbot des Art. 408, zulasten des Vertretenen Bürgschaften einzugehen, erhebliche Schenkungen vorzunehmen und Stiftungen zu errichten, auch vom Beistand einer handlungsfähigen Person zu beobachten sei. Abgesehen davon, dass bei Art. 392 Ziff. 1 höchstens der Fall der Bürgschaft praktisch werden kann (z. B. ein naher Verwandter des Verhinderten steht vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch, wenn seine Gläubiger nicht sofort Garantie bekommen), erscheint es als äusserst bedenklich, dem Beistand ein solches Verfügungsrecht über fremdes Vermögen einzuräumen; es müsste zumindest von der Zustimmung der Behörden (Art. 421 f.) abhängig gemacht worden sein, wenn es dem Willen des Gesetzes entspräche.

Entscheide über das in diesem Abschnitt behandelte Gebiet sind sehr wenige.

Da dem nicht so ist und die Bürgschaft aus volkswirtschaftlichen Gründen ohnehin möglichst ausgeschaltet werden sollte, ist das Verbot des Art. 408 auch für den Beistand durchweg zu bejahen [1]). Liegt der Fall wirklich so, dass der Verhinderte an der Interzession ein grosses ideelles Interesse haben muss, so kann auf andere Weise geholfen werden, z. B. durch Verpfändung von Vermögenswerten (Art. 421).

Die Beistandschaft hört auf mit der Erledigung der Angelegenheit, für die der Beistand bestellt worden ist (Art. 439 [I]). Diese scheinbar so selbstverständliche Bestimmung bedarf nichtsdestoweniger einer Erweiterung und einer Einschränkung. Zieht nämlich die erledigte Angelegenheit eine weitere nach sich, die mit ihr in unmittelbarem Zusammenhang steht [2]), so hat der Beistand dies der Vormundschaftsbehörde mitzuteilen und weitere Anweisungen zu verlangen. So kann z. B. der Beistand eines abwesenden, überschuldeten Erben, der für diesen die Erbschaft ausgeschlagen hat, in einem nachfolgenden Anfechtungsprozess (Art. 578) nicht seine Passivlegitimation mit der Begründung bestreiten, er habe mit der Ausschlagung sein Amt erfüllt [3]). — Andererseits endet die Beistandschaft nicht durchweg erst, wenn die Angelegenheit erledigt ist, sondern auch schon dann, wenn der Verbeiständete (vielleicht ohne Kenntnis der Beistandschaft) selber einen Vertreter ernennt [4]) oder überhaupt wieder selber handeln will und kann, bzw. wenn der gesetzliche Vertreter nicht mehr verhindert ist [5]). Diese Einschränkung

[1]) Anderer Meinung Kaufmann Art. 418 N. 7, welcher bezüglich der Schenkung mit Art. 240 [II] OR argumentiert, was haltbar wäre, wenn eine Zustimmung des Verbeiständeten dazugedacht würde. Gerade diese ist aber infolge der Verhinderung gemäss Art. 392 Ziff. 1 unmöglich. — v. Tuhr, Obligationenrecht 1 308 N. 16, bejaht das Verbot für alle gesetzlichen Vertretungen.

[2]) Ebenso Egger Art. 439, 1: es sei eine Tatfrage, wann die Angelegenheit erledigt ist. Ähnlich Trüeb 110.

[3]) JZ *21* Nr. 203 258.

[4]) JZ *14* Nr. 168 208.

[5]) Kaufmann Art. 439 N. 3.

muss analog zu Art. 439 II gemacht werden: Die Beistandschaft hört auf, sobald der Grund, aus dem sie angeordnet wurde, in diesem Falle die Verhinderung, weggefallen ist. Diese Auslegung hat insofern eine praktische Bedeutung, als durch sie die Gefahr, dass der Beistand und der Verbeiständete bzw. dessen rechtsgeschäftlicher Vertreter kollidierende Handlungen vornehmen, möglichst ausgeschaltet wird.

Wie aus dem Vorhergehenden ersichtlich ist, endigt die Vertretungsbeistandschaft ohne besonderes Endigungsverfahren ipso iure, im Gegensatz zur Vormundschaft. Je nach der Art der Beistandschaft wird manchmal nach der Beendigung des Amtes im Zusammenhang mit der Genehmigung des Schlussberichtes eine ausdrückliche Entlassung des Beistandes geboten sein (Art. 453), z. B. wenn dieser einen verwickelten Prozess durchzuführen hatte. Von einem Schlussbericht kann Umgang genommen werden, wenn die zu erledigende Angelegenheit einfach war und die Vormundschaftsbehörde infolge der Art. 418 und 421 darüber ohnehin stets auf dem Laufenden gehalten wurde [1]). Ein Abschreibungsbeschluss in den Fällen, wo keine besondere Entlassung stattfindet, ist deshalb zu empfehlen, weil dann der Beginn der Verjährungsfrist betreffend die Verantwortlichkeit des Beistandes (Art. 454) einwandfrei feststeht. Die Verjährung gegenüber den Mitgliedern der Vormundschaftsbehörde (Art. 454 III) beginnt bei der Ergänzungsbeistandschaft (Art. 392 Ziff. 2 und 3) in einem verschiedenen Zeitpunkt, je nachdem ob diese die elterliche Gewalt oder eine Vormundschaft ergänzte. Trat der Beistand an die Stelle der Eltern, so beginnt sie im Zeitpunkt der Entlassung bzw. des Abschreibungsbeschlusses; trat er an die Stelle des Vormunds, so beginnt sie erst mit dem Ende der Vormundschaft [2]).

[1]) Mschr B Verw R *18* Nr. 18 (= JZ *16* Nr. 218 337) verlangt vom Beistand ausnahmslos einen Schlussbericht über seine Handlungen. — Eine Schlussrechnung ist nur erforderlich, wenn der Beistand sich in das Vermögen eingemischt hat.

[2]) Kaufmann Art. 454 N. 13.

B. Die Verwaltungsbeistandschaft [1]).

§ 6.

Allgemeine Voraussetzung der Verwaltungsbeistandschaft.

Wie in Art. 392 ein Bedürfnis nach Vertretung einer Person, so ist in Art. 393 ein Bedürfnis nach Verwaltung eines Vermögens allgemeine Voraussetzung. Art. 393 zählt fünf der wichtigsten Fälle auf, in denen ein Beistand ernannt werden muss, weil einem Vermögen die nötige Verwaltung fehlt. Treten zu dem Fehlen der nötigen Verwaltung die in Ziff. 1—5 aufgestellten besonderen Voraussetzungen, so ist die Vormundschaftsbehörde verpflichtet, eine Beistandschaft zu errichten, im Gegensatz zu allen andern Fällen eines unverwalteten Vermögens, wo sie zu dieser Massnahme befugt ist, statt dessen aber auch andere zweckdienliche Anordnungen treffen kann (Art. 393 [1]) [2]), indem sie z. B. das Vermögen in Verwahrung nimmt oder Siegel anlegen lässt, ein Inventar errichtet, das Grundbuch oder das Bankdepot sperren lässt [3]).

Ein Vermögen ist eine Gesamtheit von Sachen und Rechten nebst den Schulden, für die diese Aktiven haften. Aber nicht nur ein solcher Komplex, sondern auch ein isolierter Vermögenswert, z. B. ein Guthaben, kann ein Vermögen

---

[1]) Die Abgrenzung der Verwaltungsbeistandschaft von der Zwangsverwaltung ist einfach. Gemeinsam ist beiden nur, dass es staatlich angeordnete und beaufsichtigte Arten der Verwaltung privaten Vermögens sind. Während die Verwaltungsbeistandschaft einzig den Schutz des Eigentümers des Vermögens und eventuell seiner Familie bezweckt, ist die Zwangsverwaltung eine Massnahme der Zwangsvollstreckung und wird zum Schutze der Gläubiger des Eigentümers angeordnet. Die Gläubiger sollen aus den bei sorgfältiger Verwaltung erzielten Erträgnissen des Vermögens nach und nach befriedigt werden. Die Zwangsverwaltung kommt im schweizerischen Recht vor in Art. 22 der Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken und in den Bestimmungen über die Heimstätten (ZGB Art. 349 ff.).

[2]) Trüeb 42/43.

[3]) Kaufmann Art. 393 N. 6.

im Sinne des Art. 393 sein [1]). Was unter der «nötigen Verwaltung» des Vermögens zu verstehen ist, richtet sich nach Art und Zusammensetzung des Vermögens [2]) und nach dem Rechtsverhältnis der Beteiligten. Einem in Nutzniessung stehenden Vermögen z. B. fehlt die nötige Verwaltung, wenn die Rechte des Eigentümers gefährdet sind (Art. 760, 762). Einem Schuldner kann nicht die Verwaltung des Guthabens eines nicht mehr vorhandenen Gläubigers überlassen werden, weil er gegen sich selber die Verjährung unterbrechen müsste usw. [1]). Die nötige Verwaltung fehlt auch, wenn die Gläubiger aus technischen Gründen daran verhindert sind, auf das Haftungsobjekt zu greifen, weil niemand da ist, um die Betreibungsurkunden entgegenzunehmen [1]). Ist bei einer Zuwendung unter Lebenden oder in einem Testament die Verwaltung durch den Empfänger des Vermögens ausgeschlossen worden [3]), so ist, falls nicht der Verfügende etwas anderes vorgesehen hat, ein Beistand mit der Verwaltung zu betrauen. Einem Sammelvermögen, das nicht durch öffentliche Sammlung erworben wurde oder nicht einem dem öffentlichen Wohle dienenden Zwecke zugewandt werden soll und folglich nicht unter Ziff. 5 fällt, kann auf Grund der allgemeinen Voraussetzung des Art. 393 ein Beistand bestellt werden. — Gewisse Fälle unverwalteten Vermögens sind in

[1]) BGE *51* [2] 259. Dies ist ein in den Einzelheiten nicht alltäglicher Fall eines unverwalteten Vermögens: Eine russische Bank, die Banque de Commerce de Sibérie, die ein Guthaben bei einer schweizerischen Bank hatte, wurde wie andere russischen Banken in der Zeit des Umsturzes aufgehoben, und der russische Staat eignete sich ihre Aktiven ohne Rücksicht auf die Passiven an. Da dieses Vorgehen als der öffentlichen Ordnung widersprechend angesehen werden musste, konnte von der Schweiz der russische Staat bzw. die russische Staatsbank nicht als Rechtsnachfolger der Banque de Commerce anerkannt werden. Das bei der schweizerischen Bank liegende Guthaben war also subjektlos, und in der Tat waren schon seit Jahren keine Gläubigerrechte mehr daran geltend gemacht worden. Ein Gläubiger der frühern Banque de Commerce legte nun Arrest auf das Guthaben, wodurch es nötig wurde, diesem einen Verwalter zu bestellen.

[2]) Kaufmann Art. 393 N. 5.

[3]) Art. 294 [II]; Praxis des BG *6* Nr. 58.

Spezialbestimmungen gesetzlich geregelt. So schreibt Art. 548 vor, dass der Erbteil eines Verschollenen in amtliche Verwaltung zu nehmen ist [1]).

Bei schlechter Verwaltung einer Erbschaft durch die Erbengemeinschaft kann, trotzdem dies vielleicht zunächst als zulässig erscheinen mag, keine Beistandschaft errichtet werden. Denn den Erben ist nirgends die Pflicht zu sorgfältiger Verwaltung auferlegt, ebensowenig wie dem Eigentümer im allgemeinen, der im Gegenteil (in den öffentlichrechtlichen Schranken der Rechtsordnung) nach seinem Belieben verfügen kann (Art. 641). Es besteht auch kein Bedürfnis dafür, da die Erben persönlich für die Erbschaftsschulden haften und die Erbschaftsgläubiger durch die Möglichkeit, die amtliche Liquidation zu verlangen, genügend geschützt sind. Die Vormundschaftsbehörde wäre also nicht befugt, von Amtes wegen einzuschreiten. Aus diesem Grunde kann auch der auf Begehren eines Miterben amtlich bestellte Erbenvertreter (Art. 602 III) nicht als Beistand angesehen werden [2]), denn bei Beistandschaftsfällen (im eigentlichen Sinn) darf die Vormundschaftsbehörde stets von Amtes wegen vorgehen [3]).

§ 7.

Die Beistandschaft für ein Vermögen, dessen persönliche Zugehörigkeit ungewiss ist.

Gemäss Art. 393 Ziff. 1 ist eine Beistandschaft zu errichten für eine Person, die längere Zeit abwesend und unbekannten Aufenthalts ist, vorausgesetzt dass sie Vermögen zurückgelassen hat. Bei längerer nachrichtenloser

---

[1]) Ob darunter die vormundschaftliche Verwaltung gemäss Art. 393 zu verstehen ist, wird in § 7 *II* untersucht.

[2]) Anders Egger Art. 393, 1.

[3]) Art. 602 III verfolgt auch einen ganz andern Zweck als die Beistandschaft; siehe JZ *28* Nr. 30 39 und Widmer, Erbengemeinschaft 59 ff. — Auch in Art. 609 handelt es sich aus den erwähnten Gründen nicht um eine Beistandschaft.

Abwesenheit besteht die Möglichkeit, dass sie nicht mehr am Leben ist, und sie kann gemäss Art. 35 ff. als verschollen erklärt werden. Mit der Verschollenheitserklärung geht das Vermögen rückwirkend auf den Zeitpunkt der letzten Nachricht auf die Erben über (Art. 38 II). Bis zur Verschollenerklärung ist es ungewiss, ob die verschwundene Person noch als Eigentümer anzusehen ist; insofern weist dieser Beistandschaftsfall eine deutliche Verwandtschaft mit demjenigen des Art. 393 Ziff. 3 auf, wo wegen Ungewissheit der Erbfolge eine Beistandschaft nötig wird. Da zudem beide Fälle oft ineinandergreifen, nämlich wenn der Verschwundene Erbe wird, so rechtfertigt sich eine gemeinsame Behandlung unter der obigen Bezeichnung [1]) von selber.

I. Die Beistandschaft für das Vermögen eines unbekannt Abwesenden. Das Anwendungsgebiet des Art. 393 Ziff. 1 erstreckt sich nur auf mündige Personen [2]); da unmündige oder entmündigte Personen ihr Vermögen nicht selber verwalten, ist dieses auch bei Abwesenheit seines Eigentümers normalerweise nicht ohne Verwalter.

Dauert die Abwesenheit, selbst bei unbekanntem Aufenthalt, erst kürzere Zeit, so ist zunächst noch keine Verwaltungsbeistandschaft anzuordnen. Für notwendige Geschäfte kann gemäss Art. 392 Ziff. 1 ein Vertretungsbeistand eingesetzt werden. Ist die Abwesenheit von langer Dauer, der Aufenthalt des Abwesenden aber bekannt, so kann von ihm die Vollmacht für einen Vermögensverwalter eingeholt werden. Sollte dies nicht möglich sein, so ist er nach Art. 393 Ziff. 2 zu verbeiständen [3]). Wie lange man mit der Beistandschaft nach Ziff. 1 zuwarten darf, bestimmt sich nach Umfang und Art des zu verwaltenden Vermögens. Liegt die Gefahr nahe, dass etwas versäumt werde (Verwaltung von Wertpapieren, Eintreibung von Zinsen, Unterbrechung der Verjährung), so ist es angezeigt, beizeiten für eine umfassende, sachgemässe

[1]) Vgl. Egger Art. 393, 4*a*.
[2]) Anders Kaufmann Art. 393 N. 9.
[3]) Trüeb 47.

Verwaltung zu sorgen. Es hat ferner keinen Sinn, die Anordnung der Beistandschaft hinauszuschieben, wenn der Eigentümer in hoher Todesgefahr verschwunden ist, wenn also die Wahrscheinlichkeit, dass er zurückkehre, gering ist. — Zum Erfordernis des unbekannten Aufenthaltes genügt nicht die rein subjektive Unbekanntheit bei den Mitgliedern der Vormundschaftsbehörde. Die Behörde ist zu Erkundigungen verpflichtet. Es müssen Nachforschungen auf dem üblichen amtlichen Weg, z. B. durch Vermittlung der schweizerischen Konsulate im Ausland [1]), angestellt werden. Erst wenn diese erfolglos verlaufen, wenn der Aufenthalt des Abwesenden also objektiv unbekannt ist, darf eine Beistandschaft nach Art. 393 Ziff. 1 errichtet werden [2]).

Wie bei Art. 393 Ziff. 2, wo es ausdrücklich erwähnt wird, ist auch bei Ziff. 1 stets vorausgesetzt, dass kein Vertreter des Abwesenden vorhanden sei, der das Vermögen verwaltet. Hat der Eigentümer einen Vertreter zurückgelassen, oder nimmt sich ein Verwandter oder Freund des Abwesenden als negotiorum gestor des Vermögens an, so hat die Vormundschaftsbehörde keinen Anlass einzuschreiten, solange die Verwaltung sorgfältig geführt wird [3]).

Die Beistandschaft nach Art. 393 Ziff. 1 kann auf drei verschiedene Arten beendigt werden. Kehrt der Abwesende zurück, so ist er selbstverständlich sofort wieder in die Verwaltung über sein Vermögen einzusetzen (Art. 439 II). Kommt sichere Nachricht über seinen Tod, so wird der Erbgang über sein Vermögen eröffnet, und die Verwaltung geht nach den Regeln des Erbrechtes auf die Erbengemeinschaft über, oder es wird je nach Umständen die Erbschaftsverwaltung angeordnet (Art. 554). Trifft weder das eine noch das andere ein, so kann der Abwesende als verschollen erklärt werden; mit der Verschollenerklärung wird die Beistandschaft aufgehoben, weil die Existenz des Verschwundenen dann nicht

---

[1]) Mschr B Verw R *18* Nr. 78.
[2]) Kaufmann Art. 393 N. 11. Anderer Meinung Trüeb 48.
[3]) Kaufmann Art. 393 N. 12.

mehr vermutet wird [1]). Wird die Verschollenerklärung durch die mutmasslichen Erben erwirkt (Art. 35), so geht das Vermögen unter Sicherheitsleistung nach Art. 546 an sie über. Sind keine Erben vorhanden, so kann nach zehnjähriger beistandschaftlicher Verwaltung oder zur Zeit, wo der Verschwundene ein Alter von hundert Jahren erreicht hätte, die Verschollenerklärung von Amtes wegen durchgeführt werden (Art. 550), worauf das Vermögen, wenn sich keine Berechtigten melden, an den Staat fällt.

II. Die Beistandschaft wegen Ungewissheit der Erbfolge. Nach Art. 393 Ziff. 3 ist eine Beistandschaft zu errichten bei Ungewissheit der Erbfolge. Vergleicht man hiermit die Bestimmungen des Art. 554 Ziff. 2 und 3, so scheint es auf den ersten flüchtigen Blick, dass der Gesetzgeber hier denselben Tatbestand zweimal und in abweichender Weise geregelt habe. Bei genauer Untersuchung lässt sich aber erkennen, dass dem nicht so ist, sondern dass die Erbschaftsverwaltung und die beistandschaftliche Verwaltung einander ergänzen.

Die Erbschaftsverwaltung nach Art. 554 ist eine Massnahme zur Sicherung des Erbschaftsbestandes und ihrer Natur nach auf die Zeit des Erbganges begrenzt, also vorübergehend. Die vormundschaftliche Verwaltung nach Artikel 393 dagegen ist an und für sich auf Dauer berechnet, was sich bei Ziff. 1 und 2 und bei Art. 419 deutlich zeigt und auch daraus schliessen lässt, dass bei vorübergehendem Fehlen der Verwaltung andere Vorkehrungen getroffen werden können. Diese Verschiedenheit führt zur richtigen gegenseitigen Abgrenzung der zwei Verwaltungsarten. Art. 554 ist gegenüber Art. 393 unzweifelhaft lex specialis und greift folglich stets während des Erbganges Platz, während Art. 393 für diejenigen Fälle vorgesehen ist, in denen noch nach Abschluss des Erbganges die Erbeneigenschaft bestimmter Personen

---

[1]) Kaufmann Art. 393 N. 9.

nicht abgeklärt ist. Solange die Erbschaftsverwaltung besteht, kommt keine Verwaltungsbeistandschaft in Betracht [1]). Darum ist Art. 393 Ziff. 3 einschränkend auszulegen: es ist nicht die Ungewissheit der Erbfolge schlechthin gemeint, sondern nur die Ungewissheit der Erbfolge nach Beendigung des Erbganges.

Damit fällt für Art. 393 Ziff. 3 zum vornherein die Ungewissheit der Erbfolge vor Ablauf der Ausschlagungsfrist usw. weg [2]). Bei einem Erbschaftsprozess, der stets eine Ungewissheit der Erbfolge hervorruft und an und für sich während oder nach dem Erbgang stattfinden kann, ist keine Beistandschaft zulässig [3]), da die allgemeine Voraussetzung des Art. 393, das Fehlen der nötigen Verwaltung, meist nicht vorhanden sein wird oder doch wenigstens nicht in ursächlichem Zusammenhang mit dem Prozess steht. Ebensowenig ist die Beistandschaft zulässig für eine vertretungslose Erbschaft. Diese ist allerdings nirgends ausdrücklich geregelt, ist aber bei näherem Zusehen in Art. 554 enthalten [4]); denn der Fall, dass «keiner der Ansprecher sein Erbrecht genügend nachzuweisen vermag» umfasst a maiore ad minus auch denjenigen, dass überhaupt kein Ansprecher da ist. Auch aus Art. 555, der in unmittelbarem Zusammenhang mit Art. 554 steht und in Absatz II ausdrücklich auf die Möglichkeit, dass überhaupt keine Erben vorhanden sind, Bezug nimmt, ergibt sich ohne weiteres, dass das Gesetz für die vertretungslose Erbschaft die Erbschaftsverwaltung vorsieht. — Infolge der systematischen Abhängigkeit des Art. 555 von Art. 554 unterliegt es auch keinem Zweifel, dass während der für den Erbenruf

---

[1]) Tuor Art. 548 N. 4; Kaufmann Art. 393 N. 23; ausgenommen die Beistandschaft für den nasciturus, siehe *III.*

[2]) Unklar Trüeb 50.

[3]) Egger Art. 393, 4*a*; Kaufmann Art. 393 N. 21.

[4]) Wreschner JZ *25* 19 vermisst die Regelung der vertretungslosen Erbschaft; er stellt fest, dass die Praxis hier die Beistandschaft ablehnt, glaubt aber, dass man sich in dringenden Fällen doch mit ihr behelfen könnte.

vorgeschriebenen Jahresfrist die Erbschaftsverwaltung anzuordnen ist [1]).

Zwei Hauptfälle [2]) der Ungewissheit der Erbfolge sind zu unterscheiden. Entweder handelt es sich um eine individuell bestimmte Person, bei der man aus irgendeinem Grunde nicht weiss, ob sie Erbe ist; z. B. weil sie noch nicht geboren ist (Art. 544), weil sie seit langem nachrichtenlos abwesend ist, weil ein Verfahren wegen Ehelicherklärung (Art. 260) [3]) oder Anfechtung der Ehelichkeit (Art. 253, 262) hängig ist. Diese Art der ungewissen Erbfolge umschreibt Art. 554 Ziff. 2 in dem Passus: wenn «das Vorhandensein eines Erben ungewiss ist». Daneben gibt es noch eine andere Art der Ungewissheit, die darin besteht, dass man von keiner individuell bestimmten Person Kenntnis hat, aber doch eine gewisse Möglichkeit vorhanden ist, dass Erben existieren: der im Gesetz sogenannte Fall der unbekannten Erben (Art. 554 Ziff. 3, 555), wo es z. B. fraglich ist, ob der Erblasser oder ein Erbe Nachkommen hatte. — Nur dieser Fall und nicht etwa auch der des verschwundenen Erben (Art. 554 Ziff. 2) ist in Art. 555 geregelt. Die beiden in Art. 555 erwähnten Möglichkeiten der Ungewissheit: «ob der Erblasser Erben hinterlassen hat oder nicht» und «ob alle Erben bekannt sind», sind nur quantitativ verschieden. Das eine Mal sind überhaupt keine Erben bekannt, das andere Mal einige bekannt, andere unbekannt. Der verschwundene Erbe fällt nicht darunter, da er als individuelle Person und dem Namen nach ja bekannt ist [4]). In dieser Auslegung wird man bestärkt durch das Marginale von Art. 555: «Bei unbekannten Erben», das unmittelbar Bezug hat auf Art. 554

---

[1]) Anders Trüeb 50. Egger will beide Verwaltungsarten wahlweise zulassen: Art. 393, 4 *a*.

[2]) Die im Folgenden gemachte Unterscheidung wird in den Kommentaren nicht konsequent durchgeführt.

[3]) Die Wirkung ex tunc ergibt sich aus Art. 260 III. Anderer Meinung Silbernagel Art. 263 N. 3 und Egger.

[4]) Der Nachdruck liegt in Art. 555 nicht auf dem Worte «hinterlassen», sondern auf dem Worte «Erben».

Ziff. 3, während der verschwundene Erbe zu Art. 554 Ziff. 2 gehört, und ferner durch Art. 555 II. Nach dieser Bestimmung wird nämlich den unbekannten Erben, die sich auf den Erbenruf hin nicht melden, kein Erbteil reserviert, sondern es wird dann vermutet, ausser den bekannten Erben seien keine Erben vorhanden. Ganz anders beim verschwundenen Erben, welchem sein Anteil gemäss Art. 548 ausgesondert wird. Hieraus lässt sich also klar erkennen, dass Art. 555 sich nicht auf den verschwundenen Erben bezieht. Zudem würde ein zweimaliges öffentliches Aufrufsverfahren (Erbenruf gemäss Art. 555 ausser dem ohnehin erfolgenden Verschollenheitsverfahren) gar nicht nötig sein, da für die Rechte des Verschwundenen nach Art. 554 Ziff. 2 und, zeitlich daran anschliessend, nach Art. 548 vollauf Sorge getragen wird [1]) [2]).

Hieraus und aus Art. 555 II im besondern können wir nun den Schluss ziehen, dass unter der Ungewissheit der

---

[1]) Gautschi JZ *23* 241 stellt fest, der Erbenruf sei nur da zu erlassen, wo kein Verschollenheitsverfahren Platz greift. Dem kann beigepflichtet werden, nur muss man nicht vergessen, dass es gemäss Art. 554 Ziff. 2 Fälle gibt, in denen weder Erbenruf noch Verschollenheitsverfahren in Frage kommt. Der Weg, auf dem G. zu dem obigen, unter Vorbehalten richtigen Resultat gelangt, ist aber sehr unklar. Eine «einschränkende Interpretation von Art. 554 und 555» ist nicht am Platze, weil man mit wörtlicher Auslegung, wie im Text gezeigt wird, ein sehr vernünftiges Resultat bekommt. G. beachtet eben das zeitliche Nacheinander von Erbschaftsverwaltung, Beistandschaft und Verschollenheitsverfahren nicht und verwirrt sich infolgedessen in dem scheinbaren Zuviel an gesetzlichen Bestimmungen. — Falsch ist auch das Verhältnis von Art. 554 Ziff. 1 und 393 aufgefasst; die Erbschaftsverwaltung umfasst die ganze Erbschaft, die Verwaltung nach Art. 393 nur das Vermögen bzw. den (nach dem Stadium von Art. 554) ausgeschiedenen Erbteil des Abwesenden.

[2]) Vgl. MschrBVerwR *18* Nr. 78: Ein Erblasser verfügte über sein ganzes Vermögen, behielt aber seinem verschwundenen Sohn, dem einzigen gesetzlichen Erben, den Pflichtteil vor für den Fall, dass er zurückkehren sollte. Die Erbschaftsbehörde hätte hier nicht die Pflicht gehabt, Nachforschungen nach dem Verschwundenen anzustellen; damit hätte man bis zum Verschollenheitsverfahren nach Art. 548 oder 550 zuwarten können. Richtig war, dass der Pflichtteil unter beistandschaftliche Verwaltung gestellt wurde.

Erbfolge gemäss Art. 393 Ziff. 3 nur der in Art. 554 Ziff. 2 erwähnte Fall, dass «das Vorhandensein eines (individuell bestimmten) Erben ungewiss ist», verstanden werden muss, weil nur einem solchen Erben bei der Teilung ein Anteil ausgesondert werden kann; — nicht aber der Fall der unbekannten Erben, welche nach erfolglosem Erbenruf gemäss Art. 555 II bei der Teilung nicht mehr berücksichtigt werden (die Erbschaftsklage bleibt ihnen natürlich wie jedem Besserberechtigten vorbehalten).

Zusammenfassend kann also gesagt werden: Art. 393 Ziff. 3 ist in zwei Richtungen einschränkend zu interpretieren. Er kann sich nach der Regelung des Erbrechts nur auf die hinsichtlich individuell bestimmter Personen nach Beendigung des Erbganges noch bestehende Ungewissheit der Erbfolge beziehen.

Es fallen folglich unter Art. 393 Ziff. 3 die von Art. 554 Ziff. 2 i. f. erfassten Fällen, wenn die Ungewissheit über den Erbgang hinaus fortdauert. Der Hauptfall des Art. 393 Ziff. 3, der Fall des verschwundenen Erben, ist nun allerdings in Art. 548 schon geregelt. Art. 393 Ziff. 3 hat für Art. 548 aber insofern Bedeutung, als die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde bundesrechtlich festgesetzt wird. Wer über die Natur der «amtlichen Verwaltung» nach Art. 548 und 550 noch irgendwelche Zweifel hat, muss sich im Hinblick auf Art. 550 zugunsten der Beistandschaft entscheiden; denn dort wird in der Wendung: «Stand das Vermögen ... eines Verschwundenen während zehn Jahren in amtlicher Verwaltung...» unmittelbar auf die Beistandschaft nach Art. 393 Ziff. 1 Bezug genommen, weshalb auch in Art. 548 mit der «amtlichen Verwaltung» des Erbteils eines Verschwundenen, der in Art. 550 ganz gleich wie das zurückgelassene Vermögen behandelt wird, nur die Beistandschaft, und zwar nach Art. 393 Ziff. 3, gemeint sein kann [1]).

---

[1]) Kantonale Einführungsgesetze, die bei Art. 548 eine andere als die Vormundschaftsbehörde für zuständig erklären, müssen also als bundesrechtswidrig angesehen werden und sollten in jenem ein-

Die Fälle von Art. 393 Ziff. 1 und Ziff. 3 können in einer Person zusammentreffen. Dann braucht für das zurückgelassene wie für das durch Erbgang angefallene Vermögen dem Verschwundenen nur ein Beistand bestellt werden, allerdings mit der Pflicht zu gesonderter Verwaltung [1]); denn wird der Verschwundene in der Folge verschollen erklärt, so haben die beiden Vermögensmassen unter Umständen (wenn der Verschollene Miterbe war, nicht aber wenn er Alleinerbe war) verschiedene juristische Schicksale, und die zehnjährige Frist nach Art. 550 läuft für jede derselben selbständig. Die Beistandschaft hört auf mit der Verschollenerklärung nach Art. 548 oder 550, welche, ähnlich wie der Tod, den Erbgang eröffnet [2]).

Eine Ungewissheit der Erbfolge im Sinne von Art. 393 Ziff. 3 kann bei der Nacherbeneinsetzung eintreten. Erlebt der Vorerbe den Tod des Erblassers nicht, oder ist er erbunwürdig, oder schlägt er die Erbschaft aus, so ist der Nacherbe zugleich Ersatzerbe (Art. 492 III). Lebt dieser aber noch gar nicht, sei es, dass er noch nicht geboren (Art. 545) oder noch nicht einmal gezeugt ist, so muss die Erbschaft, bis sich die Ungewissheit bezüglich des Nacherben entschieden hat, durch einen Beistand verwaltet werden. Ebenso wenn der Zeitpunkt der Auslieferung der Erbschaft an den Nacherben beim Tod des Vorerben noch nicht eingetreten ist und dieser keine gesetzlichen oder eingesetzten Erben hat, auf die die Erbschaft für die Zwischenzeit übergehen könnte

---

heitlichen Sinne abgeändert werden. In Kantonen, die über die Zuständigkeit nichts sagen (z. B. Bern), ist schon jetzt die Vormundschaftsbehörde zuständig, und die Praxis sollte sich danach richten. — Anders Tuor 554 N. 10, der die «amtliche Verwaltung» für die Erbschaftsverwaltung hält, was aber mit seinen eigenen Ausführungen in Art. 548 N. 4 im Widerspruch steht.

[1]) Tuor Art. 548 N. 4.

[2]) Unser Resultat stimmt grundsätzlich überein mit Tuor Art. 548 und Kaufmann Art. 393 N. 23 insofern, als die Verwaltungsbeistandschaft erst nach Ausscheidung der Erbanteile möglich ist; über die Einzelheiten des Verhältnisses zwischen den Art. 554 f., 548, 550 und 393 äussern sie sich aber nicht. Unklar auch Egger.

(Art. 489 II). Es besteht kein Anlass, in diesen Fällen analog zu Art. 490 III die Erbschaftsverwaltung Platz greifen zu lassen, da die Aufzählung der Fälle der Erbschaftsverwaltung nach Art. 554, insbesondere Ziff. 4, abschliessend ist und andererseits das Gesetz im Hinblick auf Art. 393 Ziff. 3 keine Lücke aufweist.

Beim nasciturus muss infolge besonderer Vorschrift die Teilung verschoben werden (Art. 605). Es fragt sich, ob diese Bestimmung auf ähnliche Fälle analog anzuwenden sei, oder ob geteilt werden kann, wobei der für den ungewissen Erben ausgesonderte Anteil einem Beistand übergeben wird. Es kommt hier etwa in Betracht die durch ein Verfahren über Ehelicherklärung geschaffene Ungewissheit der Erbfolge. Die analoge Anwendung des Teilungsverbotes wird allgemein wegen des Ausnahmecharakters des Art. 605 und unter Hinweis auf Art. 393 Ziff. 3, der dem möglicherweise hinzutretenden Miterben zu seinem Rechte verhilft, abgelehnt [1]). Dem ist beizupflichten, besonders wenn man bedenkt, dass bei Art. 605 die Teilung nur auf einen nicht sehr entfernten Zeitpunkt hinausgeschoben wird, während in den erwähnten andern Fällen sich der Entscheid über die Erbeneigenschaft, z. B. bei einem mehrinstanzlichen Prozess, in eine unbestimmte Zukunft verschleppen kann.

III. Die Beistandschaft zur Wahrung der Interessen des Kindes vor der Geburt ist einerseits ein Spezialfall der Beistandschaft wegen Ungewissheit der Erbfolge, weist aber eine Besonderheit auf insofern, als sie im Gegensatz zu dieser nicht nach dem Erbgang, sondern während desselben Platz greift. Sie reicht andererseits über das Gebiet der Erbfolge hinaus, da der Beistand nicht nur bei einem Erbfall, sondern stets, wenn es die Interessen des Kindes erfordern, bestellt werden muss.

Im Gegensatz zu Art. 311, wo der Beistand auch persönliche Interessen des Kindes zu wahren hat, bezieht sich

[1]) Widmer 88; Escher Art. 605.

Art. 393 Ziff. 3 nur auf vermögensrechtliche Interessen. Da aber der Beistand nach Art. 311 nur die Interessen, die dem Vater des Kindes gegenüber bestehen, zu wahren hat, schliesst Art. 311 Art. 393 Ziff. 3 nicht aus. Sind vermögensrechtliche Interessen gegenüber dritten Personen geltend zu machen, so kann und muss auch dem ausserehelichen Kind ein Beistand nach Art. 393 Ziff. 3 bestellt werden.

Einzige Voraussetzung für die Beistandschaft nach Art. 393 Ziff. 3 ist die ungenügende Wahrung der Interessen des Kindes durch die Eltern bzw. die Mutter. Der Beistand ist stets nötig, wenn das Kind, falls es schon geboren wäre, einen Vormund haben müsste [1]). Da aber die Eltern als gesetzliche Vertreter da sind, genügen zur Errichtung der Beistandschaft schon die Voraussetzungen des Art. 393 Ziff. 2 oder 3, Verhinderung oder Interessenkollision der Eltern [1]).

Meistens werden es erbrechtliche Interessen sein, die der Beistand wahrzunehmen hat. Das Kind ist z. B. als Erbe eingesetzt worden oder soll als gesetzlicher Erbe am Nachlass des Vaters teilnehmen, oder es fällt ihm ein Vermächtnis an. Wird es zum Erben berufen, so trifft ausser Art. 393 Ziff. 3 auch Art. 554 Ziff. 2 zu, so dass es sich fragt, welches das Verhältnis zwischen Erbschaftsverwaltung und Beistandschaft hier ist. Da die Beistandschaft nur bei ungenügender Wahrung der Interessen des Kindes erforderlich ist, die Anordnung der Erbschaftsverwaltung dagegen unbedingt verlangt wird («Die Erbschaftsverwaltung wird angeordnet...»). so ist Art. 393 Ziff. 3 gegenüber Art. 554 Ziff. 2 nur subsidiär und greift nur Platz, wenn gegenüber den andern Erben oder der Erbschaftsverwaltung Sonderinteressen des Kindes bestehen, z. B. wenn es wünschenswert erscheint, dass die Vermögenslage durch ein öffentliches Inventar abgeklärt werde, was die andern Erben aus Pietätsrücksichten vermeiden möchten. — Ausserdem ist ein Beistand stets dann einzusetzen, wenn ausser den erbrechtlichen noch andere Ver-

[1]) Egger Art. 393, 4*b*.

mögensinteressen zu verfolgen sind, wenn z. B. Versicherungsansprüche, auf die das Kind begünstigt wurde, geltend zu machen sind, oder wenn ein Haftpflichtprozess durchzuführen ist.

Da das voraussichtliche Vermögen des nasciturus vor der Geburt noch keine Einheit bildet, sondern nur aus Anwartschaften besteht, ist der Beistand auch kein Verwaltungsbeistand im eigentlichen Sinn. Seine Stellung gleicht eher derjenigen eines Vertretungsbeistandes; besonders deutlich zeigt sich dies, wenn er der Erbschaftsverwaltung gegenüber auftritt [1]). Er muss allfällige Übergriffe auf die zukünftigen[2]) Rechte des Kindes, welche den suspensiv bedingten Übergang auf dasselbe vereiteln könnten, verhindern und allgemein dafür. Sorge tragen, dass sie ungeschmälert fortbestehen, z. B. Verwirkungsfristen nicht verstreichen lassen und nötigenfalls Sicherstellung verlangen [3]).

§ 8.

Die Beistandschaft für ein Vermögen, dessen Eigentümer zur Verwaltung unfähig ist.

I. Die Verwaltungsbeistandschaft als subsidiäre Massnahme gegenüber der Vormundschaft. Nach Art. 393 Ziff. 2 ist ein Beistand zu ernennen bei Unfähigkeit einer Person, die Verwaltung ihres Vermögens selbst zu besorgen oder einen Vertreter zu bestellen, falls nicht die Vormundschaft anzuordnen ist.

Ähnlich wie Art. 393 Ziff. 1 kommt Art. 393 Ziff. 2 nur bei volljährigen Personen in Betracht. Die Gründe, die die Unfähigkeit zur Vermögensverwaltung hervorrufen, sind ähnlich den bei Art. 392 Ziff. 1 in Betracht kommenden Verhinderungsgründen. Der Unterschied liegt einzig darin,

---

[1]) Vgl. den Vertretungsbeistand eines abwesenden Erben § 3 20.

[2]) BGB § 1912.

[3]) Egger Art. 419, 3*a*.

dass dort eine vorübergehende Verhinderung bzw. Unfähigkeit genügt, während hier die Unfähigkeit von einer gewissen Dauer sein und speziell hinsichtlich der Vermögensverwaltung bestehen muss. Die Verwaltungsbeistandschaft hat nur dann einen Sinn, wenn sie für eine voraussichtlich längere Zeit angeordnet werden kann, da sie ihrem Zwecke nach auf dauernde, planmässige Tätigkeit gerichtet ist. Bei vorübergehender Unfähigkeit zur Verwaltung ist ein Vertretungsbeistand nach Art. 392 Ziff. 1 zu bestellen. Wie zwischen Beistandschaft und Vormundschaft ist auch zwischen Verwaltungs- und Vertretungsbeistandschaft eine Grenze nichgenau abzustecken; es hängt von den tatsächlichen Umstänt den, insbesondere der Beschaffenheit des zu verwaltenden Vermögens, und von dem erstrebten Erfolg ab, ob in Grenzfällen eine Verwaltungs- oder eine vorübergehende Vertretungsbeistandschaft zweckmässiger ist. — Muss eine anfängliche Vertretungsbeistandschaft in eine Verwaltungsbeistandschaft umgewandelt werden, weil sich die Verhinderung bezüglich vermögensrechtlicher Angelegenheiten als dauernd und umfassend herausstellt, so darf dies nicht etwa stillschweigend erfolgen, sondern das Verbeiständungsverfahren mit Einvernahme des zu Verbeiständenden usw. muss wieder vollständig durchgeführt werden [1]).

Geht die Unfähigkeit auf ein körperliches oder geistiges Gebrechen zurück, so entspricht Art. 393 Ziff. 2 (mit Vorbehalten) der Gebrechlichkeitspflegschaft des deutschen Rechts [2]). Körperlich Gebrechlichen, insbesondere solchen mit angeborener Blindheit oder Taubstummheit, steht nach modernem Recht die volle Handlungsfähigkeit zu; eine Hilfe wird ihnen neben andern Rechtsinstituten durch die Verwaltungsbeistandschaft gewährt. Art. 393 Ziff. 2 geht aber über die Gebrechlichkeitspflegschaft hinaus, da auch andere

---

[1]) JZ *24* Nr. 222 249; unrichtig insofern, als in einer Vertretungsbeistandschaft nicht schon die ganze Verwaltung inbegriffen sein kann, vgl. Art. 418 im Gegensatz zu 419.

[2]) BGB § 1910.

Tatsachen eine Unfähigkeit im Sinne dieser Bestimmung bewirken können, z. B. Abwesenheit, falls man nicht nach Art. 393 Ziff. 1 vorgehen kann, oder Freiheitsstrafe unter einem Jahr; auch Altersschwäche und allgemeine Unerfahrenheit, die nicht als Geistesschwäche angesehen werden kann, wohl aber so weit reicht, dass ein vertraglich bestellter Vermögensverwalter nicht genügend angewiesen und beaufsichtigt werden kann [1]). Wird lediglich aus Bequemlichkeit ein Beistand verlangt, so darf die Behörde dem Begehren nicht entsprechen; es muss eine ernstliche Unfähigkeit, auch hinsichtlich der Bestellung eines Vertreters, vorliegen. Die Unerfahrenheit eines soeben volljährig Gewordenen, die im Vergleich zu einem älteren, erfahrenen Menschen als natürlich und wegen ihrer Häufigkeit normal bezeichnet werden kann, rechtfertigt eine Verwaltungsbeistandschaft nicht; der Zwanzigjährige muss schon eine aussergewöhnliche Unbeholfenheit und Unerfahrenheit an den Tag legen, um einen Beistand zu bekommen [2]). Die Unfähigkeit zur Verwaltung bestimmt sich stets individuell nach dem Mass der Urteilsfähigkeit und Einsicht und nach den Anforderungen der konkreten Verwaltung [3]).

Nicht leicht ist die Abgrenzung der Verwaltungsbeistandschaft gegenüber der Vormundschaft und der Beiratschaft, welch letztere in Ziff. 2 ebenfalls erwähnt sein sollte; denn wenn man das Bedürfnis nach einer Vormundschaft verneint, so hat man immer noch die Wahl zwischen Beiratschaft und Beistandschaft. Jedes dieser drei Institute ist in seinen Wirkungen verschieden; darum richtet sich die Wahl zwischen ihnen im Einzelfall danach, was für einen Erfolg man erreichen will. Die Abgrenzung nach den Wirkungen ist hier zuverlässiger als diejenige nach den Voraussetzungen, da stets eine Unfähigkeit zur Verwaltung vorausgesetzt ist. — Im Zusammenhang mit Art. 393 Ziff. 2 kommen natürlich nur

---

[1]) BGE *51* [2] 103.
[2]) JZ *24* Nr. 149 168.
[3]) Egger Art. 393, 3 *b*.

diejenigen Entmündigungsgründe in Betracht, die eine Beziehung zum Vermögen des Schutzbedürftigen aufweisen, also Misswirtschaft, Verschwendung und unter Umständen Geisteskrankheit, nicht aber diejenigen, die einen persönlichen Schutz desselben erforderlich machen, wie Trunksucht und lasterhafter Lebenswandel. Eine schlechte Vermögensverwaltung infolge Trunksucht kommt allerdings häufig vor; eine Beistandschaft oder Beiratschaft genügt hier aber nicht, weil die Bekämpfung des Übels nur durch Einwirkung auf die Person des Fürsorgebedürftigen möglich ist, was Aufgabe eines Vormundes ist.

Es lassen sich vier Abstufungen nach der Intensität der zu verhängenden Massnahme erkennen:

1. Kommt eine Vormundschaft in Frage, so ist in erster Linie daran zu denken, dass das Bundesgericht den Begriff der Misswirtschaft eng auslegt. Schlechte Verwaltung, wirtschaftlicher Misserfolg und Gefahr eines Notstandes genügen an und für sich nicht, um eine Entmündigung zu rechtfertigen. Sie müssen zu diesem Zweck auf eine ganz und gar unsinnige Art und Weise der Vermögensverwaltung («une administration absolument déraisonnable») zurückzuführen sein; es müssen bestimmte Handlungen vorliegen, aus denen auf einen Mangel an Verstand oder Willen zu schliessen ist [1]). Ist dies nicht der Fall, so darf keine Vormundschaft angeordnet werden. Diese einschränkende Auslegung bringt es mit sich, dass für Beiratschaft und Beistandschaft ein weites Gebiet übrig bleibt.

2. Oft ist es notwendig, eine Person, die die Verwaltung ihres Vermögens im allgemeinen richtig zu besorgen vermag, an der Vornahme einzelner leichtsinniger und unvernünftiger Handlungen zu verhindern. So lassen sich manche Leute immer wieder zur Eingehung finanzieller Verpflichtungen hinreissen, deren Tragweite sie sich, wenigstens im entscheidenden Augenblick, nicht zu vergegenwärtigen vermögen.

[1]) BGE *38* [2] 441, *40* [2] 13; MschrB VerwR *23* Nr. 98 (= JZ *22* Nr. 32 171). Ähnlich bei der Verschwendung: BGE *52* [2] 315.

Ist die Vermögenslage schon so kritisch geworden, dass das Verhindern zukünftiger schädlicher Handlungen nicht genügt und dem Eigentümer die Verfügung über sein Vermögen nicht belassen werden kann, sondern der einzige Ausweg in einer schnellen und geschickten Liquidation liegt, so muss ein Vormund ernannt werden, da nur dieser selbständige und umfassende Befugnisse hat [1]). Sonst aber ist in diesen Fällen eine Beiratschaft nach Art. 395 I das Gegebene [2]), welche ferner auch in Betracht kommt für Leute, die wegen hohen Alters der alleinigen Entschliessung in wichtigen vermögensrechtlichen Dingen nicht mehr gewachsen sind [3]), und solche, die an fortgesetzter unsinniger oder wenigstens aussichtsloser Prozessführung verhindert werden sollen [4]).

3. Hat jemand Anlagen zum Verschwender kundgegeben, oder verwaltet er sein Vermögen schlecht, ohne dass schon von Misswirtschaft gesprochen werden kann, wobei aber die Gefahr eines Notstandes oder der Verarmung bei längerer Dauer dieses Zustandes aufkommen wird, so muss er in seiner Handlungsfähigkeit beschränkt werden, und zwar ist es zu seinem Schutze nötig, ihm die Verfügung über sein Vermögen zu entziehen. Hier ist eine Beiratschaft nach Art. 395 II zweckentsprechend [5]).

4. Für die Beistandschaft nach Art. 393 Ziff. 2 bleiben nach Ausscheidung all dieser Fälle der Unfähigkeit zur Vermögensverwaltung noch diejenigen übrig, in denen der Eigentümer zur allgemeinen Verwaltung, also nicht nur zu schwierigeren Angelegenheiten, unfähig ist, in denen aber eine Beschränkung oder Entziehung der Verfügungsbefugnis aus irgendeinem Grunde nicht notwendig ist. Es kommen hier hauptsächlich Personen in Betracht, bei denen ein selbständiges Auftreten im Rechtsverkehr faktisch ausgeschlossen

---

[1]) BGE *40* [2] 97.
[2]) Schudel 20 f.
[3]) Schudel 21 und 32.
[4]) Schudel 23.
[5]) Schudel 24 ff., 28 ff.

ist, z. B. internierte Geisteskranke [1]), und solche, deren freiwillige Unterordnung unter den Beistand erwartet werden kann, wie Blinde, Taubstumme, Krüppel, Greise und andere körperlich und geistig Gebrechliche, unerfahrene und in der Entwicklung zurückgebliebene Personen usw.

Die Beistandschaft nach Art. 393 Ziff. 2 ist nur zulässig, wenn die Unfähigkeit des Eigentümers so eingreifend ist, dass dieser auch zur Bestellung eines Vertreters und zur Kontrollierung desselben unfähig ist [2]). Der Wortlaut des Gesetzes ist in dieser Hinsicht nicht ganz klar, da er in dem Wörtchen «oder» eher darauf hinzuweisen scheint, als wären die Unfähigkeit zur Verwaltung und diejenige zur Bestellung eines Vertreters zwei voneinander unabhängige Verbeiständungsgründe (vgl. die Wendung «weder — noch» in Art. 392 Ziff. 1), weshalb schon die blosse Unfähigkeit zur selbständigen Verwaltung genügte. Dem ist aber nicht so. «Der Gesetzgeber hätte nicht in Art. 393 I das objektive Requisit des Fehlens einer Verwaltung derart in den Vordergrund gerückt, wenn er die bloss subjektive Unfähigkeit, selber zu verwalten, auch als Verbeiständungsgrund betrachtet hätte [3])». Auch aus der Stellung des Beistandes, die insofern, als der Eigentümer verfügungsberechtigt bleibt, derjenigen eines privaten Vertreters ähnlich ist, kann man ersehen, dass die Beistandschaft gegenüber einer Person, die selber einen Vertreter bestellen kann, ausgeschlossen sein muss [4]).

Im deutschen Recht hat die Gebrechlichkeitspflegschaft eine eigenartige Entwicklung durchgemacht [5]), deren Verfolgung zum Vergleich mit unserem Recht interessant und in mancher Hinsicht aufschlussreich ist. Sie wird nämlich nicht nur dann angewandt, wenn keine Entmündigung notwendig ist, sondern auch dann, wenn die Voraussetzungen der

---

[1]) Vgl. § 3 17/18.
[2]) Vgl. § 3 21.
[3]) Praxis des BG *10* Nr. 9.
[4]) JZ *25* Nr. 91 137.
[5]) Diamand 1 ff. und 72 ff.

Entmündigung vorliegen, mit dieser weniger eingreifenden Massnahme aber einigermassen wirksam geholfen werden kann; sie ist also nicht subsidiäre Massnahme geblieben, sondern zur eigentlichen Ersatzform der Entmündigung geworden. In der Praxis machte man nämlich je länger je mehr die Erfahrung, dass die Entmündigung sich nicht in den gesetzlich vorgesehenen Wirkungen erschöpft, sondern viele ausserrechtliche Wirkungen hervorbringt, die zum Teil sehr bedenklich sind und sogar den mit der Vormundschaft erstrebten Fürsorgezweck erheblich beeinträchtigen können. So kann schon das Bevormundungsverfahren für den zu Entmündigenden sehr gesundheitsgefährdend sein, ihn z. B. je nach seiner Veranlagung in starke Erregung versetzen oder schwer bedrücken, besonders wenn eine psychiatrische Untersuchung durchgeführt werden soll. Die Entmündigung selber wird, gleichviel aus welchem Grunde sie erfolgte, oft von den Mitmenschen zum Anlass moralischer Missbilligung genommen und folglich vom Entmündigten und seiner Familie als Makel empfunden, was besonders dann zu schweren seelischen Konflikten führen kann, wenn der Entmündigte zu seiner Familie in einem Autoritätsverhältnis steht. Um derartige Begleiterscheinungen der Entmündigung möglichst auszuschalten, sah sich die Rechtsprechung nach Ersatzmassnahmen um; eine Umgestaltung der Vormundschaft selber hätte natürlich keine Besserung herbeizuführen vermocht, da diese Nebenwirkungen der Vormundschaft als solcher, unabhängig von ihrer nähern rechtlichen Ausgestaltung, anhaften. Solchen Ersatz fand man einerseits in der vorläufigen Vormundschaft (vgl. ZGB Art. 386), welche, ursprünglich nur als provisorische Massnahme während des Entmündigungsverfahrens gedacht, zu einem mehr oder weniger selbständigen Institut ausgestaltet wurde, andererseits in der Gebrechlichkeitspflegschaft, deren enges Anwendungsgebiet nach und nach in rechtsschöpferischer Weise erweitert wurde. Die vorläufige Vormundschaft greift nun dort Platz, wo ein Schutzbedürftiger in seiner Handlungsfähigkeit

eingeschränkt werden muss, die Pflegschaft dagegen dort, wo er lediglich in seiner Willensbildung unterstützt bzw. ersetzt werden soll. Dies in flüchtigen Zügen die Entwicklung in Deutschland.

In der Schweiz haben die rechtsanwendenden Behörden keinen Anlass gehabt, selber Ersatzformen der Entmündigung auszubilden, da das ZGB eine grössere Auswahl an vormundschaftlichen Instituten aufweist als das BGB. So ist besonders die vorläufige Vormundschaft nach Art. 386 auf ihr eigentliches Gebiet beschränkt geblieben, was wohl der Beiratschaft zu verdanken ist. — So begrüssenswert einerseits die Ersatzformen sind, da sie zweifellos in vielen Fällen einem berechtigten Bedürfnis entgegenkommen, so liegt anderseits die Gefahr nahe, dass sie auch da angewendet werden, wo nur die Urform, also die Vormundschaft, Platz greifen sollte. Denn die Ersatzform kennzeichnet sich wesentlich dadurch, dass sie unter gleichen tatsächlichen Voraussetzungen wie die Urform angewandt werden kann [1]). Ausschlaggebend muss sein, ob die mit der Ersatzform erreichbaren Erfolge den bei der Urform im Einzelfall erstrebten verwandt sind (alle bei der Urform erstrebten Erfolge kann die Ersatzform natürlich nicht herbeiführen) [1]). In diesem Sinne können sowohl die Beiratschaft und die Verwaltungsbeistandschaft nach Art. 393 Ziff. 2 als auch die Vertretungsbeistandschaft nach Art. 392 Ziff. 1 immer dann als Ersatzformen der Entmündigung bezeichnet werden, wenn ein Entmündigungsgrund vorliegt, das durch ihn erzeugte Fürsorgebedürfnis aber mit einer dieser Massnahmen befriedigt werden kann [2]).

[1]) Diamand 44.

[2]) Vgl. § 3 17 f., wo von den sogenannten Entmündigungsvoraussetzungen die Rede war; bei Verneinung derselben ist oft eine Ersatzform zweckmässig. — Dass ähnlich wie in Deutschland auch bei uns die Praxis wegen der gefürchteten Nebenwirkungen, die oben angedeutet wurden, in der Anordnung von Vormundschaften zurückhaltend ist, ist ziemlich bekannt und wird u. a. durch zwei von Schudel 22 erwähnte charakteristische Fälle belegt, wo in einem psychiatrischen Gutachten vor der Bevormundung gewarnt wird, weil sie «auf den seelischen Zustand des Patienten eine schlimm.

Die Möglichkeit, dass der Verbeiständete, wenn er urteilsfähig ist, Handlungen vornehme, die denen des Beistandes widersprechen, wobei dann sowohl die Handlungen des Beistandes wie diejenigen des Verbeiständeten rechtsgültig sind [1]), wird neben andern Erwägungen ein wirksames Gegengewicht bilden gegen eine zu weitgehende Verwendung der Verwaltungsbeistandschaft als Ersatzform der Entmündigung.

II. Die Verwaltungsbeistandschaft für eine juristische Person. Juristische Personen handeln durch ihre Organe (Art. 54). Fehlen diese aus irgendeinem Grunde, so ist die juristische Person, die ja ohne Organe wohl rechtsfähig, nicht aber handlungsfähig ist, ähnlich wie eine natürliche Person zur Verwaltung ihres Vermögens unfähig. Darum bestimmt Art. 393 Ziff. 4, dass bei einer Körperschaft oder Stiftung eine Beistandschaft anzuordnen ist, solange die erforderlichen Organe mangeln und nicht auf andere Weise für die Verwaltung gesorgt ist.

Die Frage, ob Art. 393 Ziff. 4 nur bei juristischen Personen oder auch bei anderen Gebilden, die in vielen Beziehungen wie solche behandelt werden, nämlich Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, anwendbar sei, ist nur von theoretischer Bedeutung. Würde man die juristische Persönlichkeit der Handelsgesellschaften verneinen, so könnte gestützt auf die allgemeine Voraussetzung des Art. 393 ein Beistand ernannt werden, da das Vermögen derselben ein selbständiges, von den Privatvermögen der Gesellschafter verschiedenes Sondervermögen ist.

Wirkung ausüben» würde, und in einem andern ebenfalls aus medizinischen und erzieherischen Gründen die Umwandlung der bestehenden Vormundschaft in eine Beiratschaft vorgeschlagen wird. — Die Tendenz der Praxis, wenn irgend möglich mit andern, mildern Massnahmen, als es die Vormundschaft ist, auszukommen, scheint mir im allgemeinen richtig zu sein, da sie fast durchweg auf vertiefte psychologische Erkenntnisse zurückzuführen ist. Hier kann die oft verkannte Beiratschaft, mit Bedacht angewandt, segensreich wirken.

[1]) Siehe § 9.

Mangeln einer juristischen Person die Organe, so hat das zunächst nur die Bedeutung, dass sie im Rechtsverkehr nicht handelnd auftreten kann (Art. 54), ohne dass die Vormundschaftsbehörde hier analog zu Art. 392 Ziff. 1 eine Vertretungsbeistandschaft errichten könnte [1]), was sich z. B. aus Art. 77 schliessen lässt. Zum Einschreiten befugt ist die Vormundschaftsbehörde nur, wenn ein unverwaltetes Vermögen vorhanden ist. Unter den «erforderlichen Organen» nach Ziff. 4 sind also nur die zur Verwaltung des Vermögens erforderlichen zu verstehen, nicht allgemein die nach Statuten oder Stiftungsurkunde überhaupt erforderlichen. Darum ist eine Beistandschaft zu errichten, wenn überhaupt keine Organe vorhanden sind oder wenn die vorhandenen Organe hinsichtlich der Vermögensverwaltung unvollständig [2]) sind, sei es dass sie noch gar nicht bestellt worden oder durch Tod, Demission usw. weggefallen sind oder endlich wegen Verhinderung oder Interessenkollision [3]) nicht handeln können [4]). Stets ist vorausgesetzt, dass nicht auf andere Weise für die Verwaltung gesorgt sei, was in Ziff. 4 nicht ausdrücklich erwähnt zu sein brauchte, da es im Hinblick auf die allgemeine Voraussetzung des Art. 393 selbstverständlich ist. Ferner ist vorausgesetzt, dass die juristische Person nicht in der Lage sei, selber die Verwaltungsorgane oder eine Vertretung zu bestellen [5]). Darum ist z. B. beim Verein eine Beistandschaft nicht zulässig, wenn die genügende Zahl von Mitgliedern erreichbar ist, um neue Organe zu wählen [6]), und wenn dies rechtzeitig genug geschehen kann. Kann der Vorstand eines Vereins nicht mehr statutengemäss bestellt werden, so ist keine Beistandschaft zu errichten, weil der Verein sich von Gesetzes wegen auflöst (Art. 77) und das

---

[1]) Anders Egger Art. 393, 5.
[2]) Vgl. den französischen Gesetzestext.
[3]) Analog zu Art. 68; Egger Art. 393, 5.
[4]) Egger Art. 393, 5; Kaufmann Art. 393 N. 28. Vgl. Lampert 164.
[5]) Egger Art. 393, 5.
[6]) Kaufmann Art. 393 N. 29.

Vermögen folglich liquidiert werden muss (Art. 57 f.). Immerhin genügt eine vorübergehende Unmöglichkeit der statutengemässen Bestellung des Vorstandes nicht zur Auflösung [1]), weshalb für das Stadium, während dessen die Auflösung ungewiss ist, eine Beistandschaft in Frage kommen kann.

Bei Stiftungen hat die Aufsichtsbehörde über dieselben gemäss Art. 83 II und 84 II eine weitgehende Befugnis zum Eingreifen. Sie hat die Organisation der Stiftung zu ergänzen oder zu schaffen, wenn die vom Stifter vorgesehene ungenügend ist oder überhaupt fehlt. Erweisen sich die eingesetzten Organe als unfähig zur Verwaltung, so hat sie sie zu ersetzen auf Grund ihrer Pflicht, dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird. Eine Beistandschaft kann demnach bei Stiftungen nur als vorübergehende Massnahme für so lange in Frage kommen, als die Stiftungsaufsichtsbehörde ihre Anordnungen vorbereitet, was bei umfangreichem Stiftungsvermögen oder komplizierter Zwecksetzung seitens des Stifters geraume Zeit in Anspruch nehmen kann. Kann die Aufsichtsbehörde nicht unverzüglich für eine definitive Verwaltung sorgen, so hat sie dies der zuständigen Vormundschaftsbehörde anzuzeigen, um für die Zwischenzeit eine Beistandschaft zu veranlassen [2]).

§ 9.

Stellung und Tätigkeit des Verwaltungsbeistandes.

Wie bereits bei der Vertretungsbeistandschaft festgestellt wurde, berührt die Verbeiständung die Handlungsfähigkeit des Verbeiständeten nicht (Art. 417), weshalb der mündige und urteilsfähige Verbeiständete voll handlungsfähig bleibt. Daraus ergibt sich z. B. unter anderem, dass der Grundbuchführer das von einem handlungsfähigen Ver-

[1]) Egger, Personenrecht (2) Art. 77 N. 3.

[2]) Kaufmann Art. 393 N. 30. — Vgl. Egger, Personenrecht (2) Art. 84 N. 9.

beiständeten angemeldete Rechtsgeschäft nicht zurückweisen darf, auch wenn er von der Beistandschaft Kenntnis hat [1]). Auch die öffentlich-rechtliche Stellung des Verbeiständeten erleidetet keine Einschränkung: er bleibt in allen bürgerlichen Ehren und Rechten, was vielleicht im Hinblick auf Art. 393 Ziff. 2 ausdrücklich erwähnt zu werden verdient [2]).

Die Gefahr, dass in denjenigen Fällen, wo eine handlungsfähige Person verbeiständet ist, von ihr und dem Beistand widersprechende Rechtshandlungen vorgenommen werden, ist nicht von der Hand zu weisen. Theoretisch ist sie allerdings nicht vorhanden, da der Beistand nur bestellt wird, wenn und insoweit der Handlungsfähige an der selbständigen Besorgung seiner Angelegenheiten verhindert ist; der Beistand soll ihn nur ergänzen und unterstützen. Demzufolge sind z. B. bei Art. 393 Ziff. 1 und 3 kollidierende Handlungen sozusagen ausgeschlossen, ähnlich auch bei Art. 392 Ziff. 1. Praktisch häufiger werden sie bei Art. 393 Ziff. 2 sein, wo allerdings alle diejenigen Fälle ausscheiden, in denen der Verbeiständete, z. B. ein Geisteskranker, wegen Urteilsunfähigkeit nicht rechtswirksam handeln kann. Einem Urteilsfähigen gegenüber wird es zur sorgfältigen Amtsführung des Beistandes gehören, dass er zum vornherein kollidierenden Handlungen möglichst vorbeugt, indem er ihn über seine Absichten verständigt und ihn davon abhält, diese zu durchkreuzen. Wegen der Kollisionsgefahr sollte es dem Beistand zur Pflicht gemacht werden, Dritten gegenüber die seine Handlungen ausschliessenden Handlungen des Verbeiständeten vorzubehalten, um einer allfälligen doppelten Haftung des Verbeiständeten zuvorkommen.

Da der Beistand gesetzlicher Vertreter ist, sind nach den elementaren Grundsätzen der Vertretung die von ihm innerhalb seiner Vertretungsmacht vorgenommenen Rechtshandlungen für den Verbeiständeten rechtswirksam, wie wenn es dessen eigene wären. (Hat der Beistand ausserhalb seiner Ver-

[1]) Ostertag, Exkurs zu Art. 965 N. 61.
[2]) JZ *13* Nr. 163 199.

tretungsmacht gehandelt, so haben seine Handlungen für den Verbeiständeten natürlich keine Rechtswirkung, und er muss allfällige Schadenersatzfolgen nach Art. 39 OR selber tragen.) Da der Verbeiständete handlungsfähig ist (nur von einem solchen ist hier die Rede), so ist das Verhältnis analog demjenigen zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem zu behandeln [1]). Die Untersuchung kollidierender Handlungen von Vertreter und Vertretenem im allgemeinen ist in der Literatur bisher nur sehr summarisch und zum Teil unbefriedigend gewesen [2]).

Es ist davon auszugehen, dass weder die Erklärung des Vertreters noch die des Vertretenen den Vorzug vor der andern hat, sondern dass beide nebeneinander im gleichen Rang stehen; denn einen Rechtssatz, dass der Vertretene nicht mehr selber handeln könne, wenn er einen Vertreter bestellt hat, gibt es nicht [3]). Wie jeder Vertretene muss auch der gesetzlich Vertretene die Handlungen seines Vertreters gegen sich gelten lassen, insbesondere der Verbeiständete die des Beistandes [4]). Die Kollisionen sind also in ähnlicher Weise zu lösen wie bei widersprechenden Handlungen einer einzigen Person, z. B. des Vertretenen.

Eine umfassende Untersuchung, die für die Behandlung kollidierender Handlungen vielleicht einheitliche Grundsätze auffinden würde, ist hier nicht am Platze, da dieses Problem weit über die Beistandschaft hinaus Bedeutung hat. Einige Andeutungen mögen hier genügen. Es sind die verschiedensten Tatbestände denkbar. Die kollidierenden Handlungen können eine Verfügung oder eine Verpflichtung betreffen, sie können sich auf einen Vertrag oder eine einseitige Willenserklärung, z. B. die Ausübung eines Gestaltungsrechts, beziehen, sie können gleichzeitig oder nacheinander, gegen-

[1]) Huber, Erl. (1) 279 und 280.

[2]) Becker, Obligationenrecht, Vorbemerkungen zu Art. 32 N. 7; Prot. BGB [4] 846 und 858; Riezler, Archiv für die zivilistische Praxis 98 372; Trüeb 96 ff.

[3]) Becker a. a. O.

[4]) Becker a. a. O.; Trüeb 95 f.

über derselben oder gegenüber verschiedenen Gegenparteien erfolgt sein, die Gegenpartei kann von der Kollision Kenntnis gehabt haben oder nicht usw. Je nach der Kombination dieser Möglichkeiten treten jeweilen sehr verschiedene Rechtsfolgen ein. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts muss untersucht werden, ob beide Handlungen nebeneinander bestehen können, ob die eine die andere ausschliesst, oder ob sie sich gegenseitig aufheben, so dass überhaupt keine rechtlich bedeutsame Willenserklärung zustande gekommen ist. Es kann nicht allgemein gesagt werden, dass bei gleichzeitigen widersprechenden Erklärungen der Wille des Verbeiständeten entscheidend sei [1]). Es kommt ganz auf die Art der Erklärung und auf die Begleitumstände an, ob dies zutrifft oder nicht. Auch bei gleichzeitigen widersprechenden Anmeldungen zum Grundbuch gilt nicht ohne weiteres diejenige des Verbeiständeten [2]). Sind durch kollidierende Verträge Verpflichtungen begründet worden, so ist möglicherweise der eine wegen wesentlichen Irrtums unverbindlich (Art. 24 OR ist nicht abschliessend), wobei der Vertretene aus Art. 26 OR schadenersatzpflichtig werden kann; oder es ist nur ein Vertrag entstanden, der Vertretene muss aber, guten Glauben der Gegenpartei vorausgesetzt, die Bestimmungen des lästigeren Vertrages gegen sich gelten lassen [3]). Können beide Verträge ihrer Natur nach nebeneinander bestehen und ist die Unverbindlichkeit des einen nicht geltend gemacht worden, so haftet der Vertretene aus beiden. Entscheidend kann dann nur die Priorität in der Erlangung der Leistung sein [4]), wie ja auch bei widersprechenden Verfügungen das Recht durch die erste Verfügung konsumiert wird, so dass die zweite die Verfügung eines Nichtberechtigten ist [5]). Solange noch

---

[1]) Ungenau Kaufmann Art. 417 N. 4.

[2]) Ungenau Ostertag a. a. O.

[3]) Vgl. Art. 25 II OR. — Trüeb 100; Riezler a. a. O.; anderer Meinung Becker.

[4]) Egger Art. 419, 6; Kaufmann Art. 417 N. 4; Trüeb 96 ff.; Riezler a. a. O.

[5]) Becker a. a. O.; Riezler a. a. O.

nicht geleistet worden ist, hat der Vertretene die Wahl, welchen der Verträge er realiter erfüllen will, falls die Erfüllung beider nicht möglich ist. Ist durch die einmalige Leistung die Erfüllung des andern Vertrages unmöglich geworden, so muss er nach Art. 97 OR für die Nichterfüllung einstehen, d. h. er wird schadenersatzpflichtig in der Höhe des positiven Vertragsinteresses. Das Risiko der Doppelhandlung trifft eben denjenigen, in dessen Verhältnissen sie begründet ist [1]).

Die Tatsache, dass dem Schutzbedürftigen wegen Unfähigkeit usw. die Verwaltung des Vermögens entzogen wird, ihm gleichzeitig aber gesetzlich die Möglichkeit belassen bleibt, rechtswirksam und unter Schadenersatzfolge in die Verwaltung einzugreifen, erweckt Bedenken. Selbst bei sorgfältigster Amtsführung kann der Beistand, wenn der Schützling urteilsfähig ist, die Gefahr kollidierender Handlungen nicht völlig vermeiden. Im Gegensatz zur rechtsgeschäftlichen Stellvertretung, wo es Sache des Vollmachtgebers ist, Doppelhandlungen zu vermeiden bzw. deren Folgen zu tragen, ist hier, wo das Gesetz selber die Kollisionsmöglichkeit schafft, die Frage berechtigt, ob mit der Belassung der vollständigen Handlungsfähigkeit den Interessen des Verbeiständeten wirklich gedient sei [1]). Diese Regelung setzt z. B. die wegen Gebrechlichkeit Verbeiständeten der Ausnützung durch gewissenlose Gegenkontrahenten in hohem Masse aus [2]). Jedenfalls mahnt sie zu sehr vorsichtiger Anwendung des Art. 393 Ziff. 2 [3]). Wenn die tatsächlichen Umstände eine Beschränkung des Schützlings einigermassen wünschenswert erscheinen lassen, wenn dieser z. B. der Beeinflussung Dritter leicht unterliegt und eine solche im konkreten Fall zu erwarten ist, so sind seine Interessen mit der strengeren Massnahme der Beiratschaft meistens besser gewahrt.

---

[1]) Riezler a. a. O.

[2]) Riezler schlägt de lege ferenda ein kurzfristiges Widerrufsrecht des Pflegers gegenüber den Willenserklärungen des Gebrechlichen vor.

[3]) Siehe § 8 65 Ziff. 4.

Im Gegensatz zum Vertretungsbeistand, der für seine Tätigkeit der genauen Anweisungen der Vormundschaftsbehörde bedarf, hat der Verwaltungsbeistand eine Stellung, die derjenigen des Vormundes — natürlich nur bezüglich des zu verwaltenden Vermögens — sehr ähnlich ist. Innerhalb der gesetzlichen Vorschriften über die Verwaltung ist seinem Ermessen freier Raum gelassen. Die Vormundschaftsbehörde kann ihm in diesem Rahmen ebensowenig wie dem Vormund bindende Weisungen erteilen, die er unter seiner Verantwortlichkeit zu beobachten hätte [1]).

Es muss nun untersucht werden, wie weit diese selbständigen Befugnisse, die unter den Begriff «Verwaltung» fallen, bei der Beistandschaft reichen. Der Beistand hat sich nach Art. 419 I «auf die Verwaltung und die Fürsorge für die Erhaltung des Vermögens zu beschränken». Wenn man Art. 419 I für sich allein betrachtet, könnte es den Anschein haben, als bezöge sich der Hinweis auf die Fürsorge für die Erhaltung nur auf den Fall der Überwachung, nicht aber auf denjenigen der eigentlichen Verwaltung eines Vermögens. Das verbindende «und» im Zusammenhang mit Absatz II ergibt aber, dass der Verwaltungsbeistand sich stets auf die Erhaltung des Vermögens zu beschränken hat, dass er also zur Verwaltung bzw. zu den einzelnen Verwaltungshandlungen nur insoweit befugt ist, als es die Erhaltung des Vermögens erfordert. Natürlich gibt es aber auch Verwaltungshandlungen, die in bezug auf die Erhaltung indifferent sind. Die Abgrenzung im einzelnen Fall ist dem Ermessen des Beistandes überlassen; er darf stets diejenigen Handlungen vornehmen, die zur Erhaltung und Verwaltung als notwendig erachtet werden müssen [2]).

Der Kreis der zur «gewöhnlichen Verwaltung» gehörenden Handlungen ist nicht allgemeingültig zu umschreiben. Je nach der Grösse und der Beschaffenheit des Vermögens kann ein und dieselbe Handlung einmal gewöhnliche Verwaltungs-

[1]) Vgl. JZ *19* Nr. 243 296.
[2]) Vgl. den französischen und den italienischen Gesetzestext.

handlung sein, ein andermal darüber hinausgehen. Unter diesem Vorbehalt kann die gewöhnliche Verwaltung bei der Beistandschaft ähnlich wie bei der Vormundschaft ungefähr durch folgende Handlungen der tatsächlichen Bewirtschaftung und des rechtsgeschäftlichen Verkehrs charakterisiert werden: Überwachung der Sicherheit der Kapitalanlagen und nötigenfalls Umwandlung derselben, Festsetzung des Zinsfusses, Kündigung von Darlehen, Bezahlung von Schulden, Einziehung fälliger Forderungen und Zinse, Durchführung der Betreibung, überhaupt Wahrung aller dem Gläubiger nach Zivilrecht und Schuldbetreibungsrecht zustehenden Rechte, Erhaltung der einzelnen Vermögensgegenstände durch rechtzeitige Reparaturen und Ersatz, Vermietung der Gebäude und Überwachung der Mieter, sorgfältige Bewirtschaftung der landwirtschaftlichen Grundstücke, Versicherung der wertvolleren Objekte, soweit die Versicherung nicht obligatorisch ist, Veräusserung schnell zugrundegehender Werte, Wahrung der dem Verbeiständeten als Grundpfandgläubiger oder als Eigentümer eines mit Nutzniessung belasteten Vermögens zustehenden Rechte (Art. 832 II, 760), Kapitalisierung der nicht für die laufenden Ausgaben benötigten Erträgnisse, Versteuerung des Vermögens usw. [1]). — Ist der Verbeiständete ein Familienvater, so hat der Beistand das eheliche Vermögen nach dem jeweiligen Güterstande zu verwalten, z. B. die für die Familie zulasten desselben eingegangenen Schulden zu begleichen. — Zur gewöhnlichen Verwaltung gehört auch die Weiterzahlung der Lebensversicherungsprämien des unbekannt abwesenden Verbeiständeten; bei späterer Verschollenerklärung wird die Versicherungssumme rückwirkend auf den Zeitpunkt der letzten Nachricht fällig, und die zuviel bezahlten Prämien sind zurückzuerstatten.

Die Verwaltung der Vermögenserträgnisse (Zinse, Miet- und Pachtgelder, Erlös aus landwirtschaftlichen Erzeugnissen, Renten, Gewinnanteile) ist dem Verwaltungsbeistand ent-

[1]) Vgl. Egger und Kaufmann, Komm. zu Art. 419 und 413; Trüeb 85; Hefti 147 f.; Schudel 65 f.

zogen, wenn der Verbeiständete imstande ist, selbständig darüber zu verfügen. Dies ergibt sich aus dem Schutzzweck der Beistandschaft und aus Art. 395 II, wo selbst für die tiefer eingreifende Beiratschaft die freie Verfügung über die Erträgnisse vorbehalten wird. Ist der Verbeiständete zur Verfügung über die Erträgnisse tatsächlich oder rechtlich unfähig, so verwaltet der Beistand auch diese; er bestimmt z. B. nach freiem Ermessen den aus den Erträgnissen zu bestreitenden Unterhaltsaufwand des urteilsunfähigen Verbeiständeten.

In allen solchen zur Verwaltung im üblichen Umfang bzw. zur Vermögenserhaltung gehörenden Handlungen ist der Beistand sowohl der Vormundschaftsbehörde als auch dem Verbeiständeten gegenüber frei. Obgleich dieser, wenn er urteilsfähig ist, auch handlungsfähig bleibt, ist ihm doch durch die Beistandschaft tatsächlich die Verwaltung entzogen, und er muss die Verwaltungshandlungen des Beistandes als seines gesetzlichen Vertreters gegen sich gelten lassen [1]).

Verfügungen dagegen, die über die Verwaltung und Erhaltung des Vermögens hinausgehen, darf der Beistand nur auf Grund besonderer Ermächtigung des Vertretenen oder, wenn dieser zur Erteilung nicht fähig ist, der Vormundschaftsbehörde vornehmen (Art. 419 II). Unfähig zur Ermächtigung ist selbstverständlich ein minderjähriger Verbeiständeter (Art. 294 II, 297 II) und ein gemäss Art. 393 Ziff. 1 und 3 Verbeiständeter. Ob ein volljähriger Verbeiständeter zur Ermächtigung fähig sei, beurteilt sich, abgesehen von Krankheit, Abwesenheit und andern äusseren Hinderungsgründen, natürlich in erster Linie nach seiner allgemeinen Urteilsfähigkeit. Ist diese nicht vorhanden, so kann er auch den Beistand nicht rechtsgültig ermächtigen. Art. 419 II muss aber enger ausgelegt werden, damit der mit der Beistandschaft verfolgte Schutzzweck erreicht werde. Der Verbeiständete muss für das gerade in Frage stehende Geschäft die Fähigkeit besitzen, dessen Tragweite unter den

[1]) Kaufmann Art. 419 N. 4.

obwaltenden Umständen zu erfassen [1]). Eine Verweigerung der Ermächtigung lässt diese Fähigkeit dann noch vermuten, wenn der Verbeiständete imstande ist, die Vor- und Nachteile des Geschäfts, die ihm der Beistand auseinanderzulegen hat, einigermassen gegeneinander abzuwägen, nicht aber dann, wenn sie, trotz Urteilsfähigkeit in andern Dingen, grundlos erfolgt oder mit ganz unstichhaltigen Gründen belegt wird. Die vom fähigen Verbeiständeten verweigerte Ermächtigung kann nicht durch die Ermächtigung der Vormundschaftsbehörde ersetzt werden [2]). Muss die Fähigkeit zur Erteilung der Ermächtigung bejaht werden, so kann der Verbeiständete unter Ausschaltung des Beistandes auch gleich selber die Verfügung vornehmen. Dies ist wieder eine Konsequenz aus dem in der Beistandschaft nach Art. 393 Ziff. 2 liegenden inneren Widerspruch: der Vertretene ist einerseits zur Verwaltung unfähig, hat andererseits die viel weitergehende Verfügungsbefugnis. Hier kann nur eine enge Auslegung der in Art. 419 II vorausgesetzten Fähigkeit in dem angedeuteten Sinne korrigierend wirken. So ist z. B. der Beistand im allgemeinen nicht befugt, gegen den Willen des Verbeiständeten durch Anerkennung einen Prozess zu vermeiden [3]). Hat der Verbeiständete aber Anlagen zum Querulanten, so kann sich der Beistand von der Behörde zur Anerkennung ermächtigen lassen.

Verfügungen, zu denen der Beistand ausdrücklich ermächtigt werden muss, sind namentlich die in Art. 421 f. aufgezählten Rechtshandlungen, soweit sie bei der Verwaltungsbeistandschaft in Betracht kommen können, also Art. 421 Ziff. 1—6, 8 und 11, Art. 422 Ziff. 4 und 5. Daneben sind aber noch andere Fälle denkbar, sofern sie nämlich über die Verwaltung und die Erhaltung des Vermögens nach Art. 419 I hinausgehen. Der Beistand wird also hier weiter-

[1]) Vgl. Weiss, Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheide, 1925, Nr. 1678 betreffend Beiratschaft. — Ähnlich Kaufmann Art. 419 N. 6 und Egger Art. 419, 4 *b*.

[2]) Kaufmann Art. 419 N. 6.

[3]) JZ *14* Nr. 204 255.

gehend beschränkt als der Vormund, welcher nur bei Art. 421 f. an eine Zustimmung gebunden ist. Als solcher über die gewöhnliche Verwaltung hinausgehender, nicht aber unter Art. 421 gehörender Fall kann etwa derjenige angesehen werden, wo ein unbekannt Abwesender als Unternehmer aus einem Werkvertrag verpflichtet ist und der Beistand und die Vormundschaftsbehörde sich entscheiden müssen, ob die Fortsetzung des begonnenen Werkes durch einen Dritten angeboten werden soll, wenn dies der Natur der Sache nach möglich ist (Art. 379 OR).

Die Anwendbarkeit der Art. 421 f. auf die Beistandschaft wurde grundsätzlich bejaht [1]). Wie aber beim Vertretungsbeistand die Weisungen nach Art. 418, so greifen beim Verwaltungsbeistand die Ermächtigungen nach Art. 419 II in das Gebiet der Art. 421 f. ein [2]). Hat der handlungsfähige Verbeiständete den Beistand nach Art. 419 II zu einer über die ordentliche Verwaltung hinausgehenden Verfügung ermächtigt, so ist selbstverständlich für eine Zustimmung der Vormundschaftsbehörden kein Raum mehr [3]); der Beistand hat in diesem Falle genau dieselbe Stellung wie irgendein privater Bevollmächtigter. Bei einer Ermächtigung durch die Vormundschaftsbehörde selber erübrigt sich eine nochmalige Zustimmung nach Art. 421, da diese eo ipso in jener mit enthalten ist; in ähnlicher Weise genügt eine nachträgliche Zustimmung, wenn der Beistand keine Ermächtigung der Behörde nach Art. 419 II eingeholt hat [4]). Art. 422 bleibt natürlich vorbehalten. — Daneben gibt es Fälle, die nur unter Art. 421 und 422, nicht aber unter Art. 419 II fallen, z. B. die Erklärung der Zahlungsunfähigkeit, die Führung mancher Prozesse, wichtigere Verträge zwischen Beistand und Verbeiständetem. Ein Zusammenhang zwischen Art. 421 f. und

---

[1]) § 5 41 f.

[2]) Ungenau Kaufmann Art. 419 N. 7, der glaubt, Art. 419 II mache Art. 421 überflüssig. Siehe das Folgende.

[3]) Trüeb 86.

[4]) Kaufmann Art. 419 N. 5.

419 II besteht aber auch hier: Voraussetzung der Anwendbarkeit der Art. 421 f. ist stets, dass der Verbeiständete im Sinne von Art. 419 II unfähig zur Erteilung von Ermächtigungen sei. Denn einem in jeder Beziehung Handlungsfähigen kann nicht verwehrt sein, nach eigenem Gutdünken und ohne vormundschaftliche Kontrolle eine Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, einen Erbvertrag, Ehevertrag oder Versicherungsvertrag abzuschliessen, mit dem Beistand zu kontrahieren usw. Dies steht auch mit unserer obigen Feststellung im Einklang, wonach er, anstatt erst den Beistand zu ermächtigen, gleich selber über sein Vermögen verfügen kann.

Wie schon bei der Vertretungsbeistandschaft bemerkt wurde, schliesst die spezielle Regelung des beistandschaftlichen Amtes in Art. 417—419 die analoge Anwendung der Bestimmungen über das Amt des Vormundes nicht zum vornherein aus. Es muss daher untersucht werden, inwieweit die Art. 398 ff. bei der Verwaltungsbeistandschaft sinngemäss anwendbar sind.

Die Bestimmungen über die Übernahme des Amtes gelten, da sie sich ausschliesslich auf das Vermögen beziehen, grundsätzlich auch für den Verwaltungsbeistand. Die Aufnahme eines Inventars ist bei jeder Verwaltungsbeistandschaft unerlässlich [1]), da sonst die Rechnungsablegung des Beistandes nicht einwandfrei nachgeprüft und die unter Umständen behauptete Verantwortlichkeit nicht sicher festgestellt werden könnte. Eine zuverlässige Aufzeichnung der vorhandenen Vermögenswerte (mit Schätzung des Mobiliars usw.) und der Schulden liegt also sowohl im Interesse der Vormundschaftsbehörde und des Beistandes als auch des Verbeiständeten. Darum ist es auch nötig, die in Art. 398 vorgeschriebenen Formen der Inventaraufnahme zu beobachten, insbesondere einen Vertreter der Vormundschaftsbehörde beizuziehen, selbst wenn der Verbeiständete fähig

[1]) Anders Trüeb 84 und Egger Art. 419, 2*a*.

wäre, die Richtigkeit der Aufnahme zu bescheinigen [1]). Das Inventar hat selbstverständlich nur über das vom Beistand zu verwaltende Vermögen Aufschluss zu geben; ein selbständiger Geschäftsbetrieb des Verbeiständeten ist z. B. nicht zu berücksichtigen. Die Bestimmung des Umfanges des zu verwaltenden Vermögens liegt natürlich nicht dem Verbeiständeten [2]), sondern der Vormundschaftsbehörde ob, da sie die Beistandschaft, selbst bei Art. 393 Ziff. 2, ja von Amtes wegen anordnet [3]). — Ein öffentliches Inventar kann notwendig werden, wenn die Vermögensverhältnisse so verworren sind, dass ein einfaches Inventar keinen genügenden Überblick zu schaffen vermöchte. Es ist aber auch schon zulässig, wenn ohne es das Risiko der Vormundschaftsbehörde zu gross würde [4]).

Der Beistand hat die gleiche Pflicht zur Verwahrung von Wertsachen und zur mündelsicheren Anlegung von Barschaft wie der Vormund (Art. 399, 401, 402). Verwahrung kommt nicht in Frage, wenn der Beistand das Vermögen nur zu überwachen hat (Art. 297 II). Die Art und Weise der Kapitalanlage, z. B. die Bezeichnung der Wertpapiere, darf nicht dem Verbeiständeten überlassen werden [5]), da es sich nicht um eine Verfügung nach Art. 419 II handelt; vielmehr ist der Beistand hierin, die Prüfung der Sicherheit durch die Behörde vorbehalten, selbständig. Soll der Beistand für unsolide Anlage verantwortlich gemacht werden, so ist folglich die Zustimmung des Verbeiständeten zu derselben unbeachtlich [5]). — Art. 400 und 404 über die Veräusserung von beweglichen Sachen und Grundstücken und 403 über die Liquidation oder Weiterführung eines Geschäftes oder

---

[1]) Anders Egger Art. 419, 2*a*.
[2]) Anders Trüeb 83.
[3]) Anders u. U. bei Art. 394.
[4]) Mschr B Verw R *20* Nr. 141 (= JZ *19* Nr. 56 285). — Die gegen die Ausschlusswirkung des öffentlichen Inventars bei der Vormundschaft geltend gemachten Bedenken bestehen im allgemeinen auch bei der Beistandschaft: Müller ZBJV *60* 1.
[5]) Anders Kaufmann Art. 419 N. 14 und 426 N. 15.

Gewerbes sind nicht bei jeder Verwaltungsbeistandschaft anwendbar. Denn ein volljähriger und urteilsfähiger Verbeiständeter bleibt, wie wir gesehen haben, handlungsfähig und verfügungsberechtigt: hier schliesst Art. 417 in Verbindung mit 419 II Verfügungen der Vormundschaftsbehörde und des Beistandes nach Art. 400, 403 und 404, die dem Willen des Verbeiständeten nicht entsprechen, aus, selbst wenn sie objektiv in seinem Interesse liegen würden. Dagegen greifen diese Bestimmungen stets dann Platz, wenn der Verbeiständete minderjährig oder wenigstens im Sinne von Art. 419 II unfähig zur Erteilung von Ermächtigungen ist.

Die persönliche Fürsorge für den Vertretenen (Art. 405, 406) steht dem Verwaltungsbeistand nicht zu, abgesehen davon, dass er unter Umständen den Unterhaltsbetrag für den Schützling, der aus dem Vermögen oder den Erträgnissen zu zahlen ist, bestimmt und zur Verfügung stellt. Ebensowenig hat der Beistand die allgemeine Vertretung des Verbeiständeten, wie sie nach Art. 407 dem Vormund überbunden ist (im Zusammenhang damit kommen bei der Beistandschaft auch die Art. 410 f. nicht in Betracht). Der Beistand ist zur Vertretung nur insoweit befugt, als es die Verwaltung des Vermögens nach Art. 419 mit sich bringt und erfordert. Über die gewöhnliche Verwaltung hinaus hat er die Vertretungsbefugnis nur kraft ausdrücklicher Ermächtigung (Art. 419 II).

Die vom Vormund geforderte Sorgfalt in der Vermögensverwaltung (Art. 413) hat auch der Beistand zu beobachten, d. h. er haftet nicht nur für die in seinen eigenen Angelegenheiten aufgewendete Sorgfalt, sondern für diejenige, die von einem gewissenhaften Verwalter erwartet werden muss. Hieraus ergibt sich u. a., dass das Verbot des Art. 408 auch für ihn gilt [1]), vorbehalten natürlich eine besondere Ermächtigung des Verbeiständeten gemäss Art. 419 II zur Vornahme einer Schenkung, Eingehung einer Bürgschaft usw. —

[1]) Kaufmann Art. 419 N. 17 verneint die Anwendbarkeit von Art. 408.

Während dem Vormund nach allgemeiner Auffassung [1]) obliegt, das Vermögen nicht nur zu erhalten, sondern auch, soweit es mit der Sicherheit desselben vereinbar ist [2]), zu vermehren, hat sich der Beistand nach dem klaren Wortlaut des Art. 419 auf die Erhaltung zu beschränken. In dieser Hinsicht ist also Art. 413 auf den Beistand nicht anwendbar.

Beruht die Beistandschaft auf Art. 393 Ziff. 2, so wird es Pflicht des Beistandes sein, den urteilsfähigen Verbeiständeten bei wichtigeren Verwaltungshandlungen im Sinne von Art. 409 um seine Ansicht zu befragen und ihn, wenn dadurch ein erzieherischer Erfolg zu erhoffen ist, in die Art und Weise der Verwaltung überhaupt näher einzuführen. Natürlich befreit die Zustimmung des Verbeiständeten zu solchen gemeinsam erwogenen Handlungen den Beistand ebensowenig wie den Vormund von seiner Verantwortlichkeit [3]), da er Recht und Pflicht zu selbständiger Verwaltung hat und jenem die Verwaltung entzogen ist. Immerhin darf die Zustimmung des Verbeiständeten zu einer beanstandeten Amtshandlung doch wohl insofern berücksichtigt werden, als die Ersatzpflicht des Beistandes wegen Mitverschuldens (Art. 44 I OR) ermässigt werden kann, weil auf die Willensäusserung eines Handlungsfähigen mehr Gewicht gelegt werden darf als auf diejenige eines Bevormundeten [4]).

Wie der Vormund ist der Verwaltungsbeistand zur Rechnungsführung nach den einschlägigen kantonalen Vorschriften verpflichtet [5]). Über Vermögensteile, die dem Verbeiständeten zu freier Verwendung und Verwaltung zustehen (Art. 414), insbesondere die ihm zugewiesenen Erträgnisse, hat er keine Rechnung zu führen; auch nicht über ein Geschäft oder einen Gewerbebetrieb des Verbeiständeten. — Art. 412 kann bei der Beistandschaft nicht

[1]) Egger Art. 413, 1*a*.
[2]) Kaufmann Art. 413 N. 19.
[3]) Anders Kaufmann Art. 419 N. 17.
[4]) Lüscher 75.
[5]) MschrBVerwR *24* Nr. 180 (= JZ *23* Nr. 195 246); MschrBVerwR *18* Nr. 18 (= JZ *16* Nr. 218 337).

praktisch werden. Ist ein solcher Betrieb vorhanden, so bleibt der Verbeiständete in bezug auf diesen selbständig, oder es muss, wenn er zur rationellen Führung desselben unfähig ist, gemäss Art. 403 liquidiert werden. Ist die Weiterführung zur Bestreitung des Unterhaltes des Verbeiständeten und seiner Familie wünschbar, so muss ihm ein Vormund bestellt werden. Eine Beistandschaft ist hier unangemessen, weil sie nicht auf den Erwerb, sondern nur auf die Verwaltung und Erhaltung eines vorhandenen Vermögens angelegt ist.

Die bisher in allgemeinen Zügen umschriebene Tätigkeit des Beistandes bezieht sich auf Normalfälle der Vermögensverwaltung. Wesentlich modifizierte Aufgaben hat unter Umständen der gemäss einer Spezialbestimmung berufene Beistand. Nach Art. 297 II hat der Beistand, falls er nicht nur als Vertretungsbeistand einzelne bestimmte Massnahmen zu ergreifen hat, das Kindesvermögen nicht selber zu verwalten, sondern nur die Eltern in ihrer Verwaltung zu überwachen. Immerhin darf er einzelne Verwaltungshandlungen, die die Eltern unterlassen oder zu denen sie ihr Einverständnis gegeben haben, selber vornehmen. Die alleinige Verwaltung durch den Beistand dagegen würde den Art. 298 verletzen [1]). — Der Beistand nach Art. 762, dem der Besitz an einem mit Nutzniessung belasteten Vermögen übertragen worden ist, weil der Nutzniesser die verlangte Sicherheit nicht geleistet oder von einem widerrechtlichen Gebrauch des Vermögens nicht abgelassen hat, ist in seiner Doppelstellung insofern, als er dem Eigentümer gegenüber die Rechte und Pflichten eines Nutzniessers hat, dem Nutzniesser gegenüber aber Beistand ist. Die Verwaltung des Kapitals geschieht auf Gefahr des Eigentümers. Die Einkünfte und Nutzungen werden nach Abzug der Verwaltungskosten, der dem Nutzniesser obliegenden Ausgaben und allfälliger Ersatzansprüche des Eigentümers dem Nutzniesser zugewiesen [2]).

[1]) Siehe § 2 *I* und die dort zitierten Entscheide.
[2]) Leemann und Wieland, Komm. zu Art. 762.

Ausnahmsweise hat der Beistand nicht eine auf längere oder kürzere Dauer berechnete Verwaltung zu besorgen, sondern einzig und allein die Liquidation eines Vermögens durchzuführen. So in dem oben erwähnten Fall eines subjektlosen Bankguthabens [1]), wo die ordnungsgemässe Verwaltung darin besteht, gemäss Art. 398 III alle diejenigen, denen dieses Vermögen haftet, öffentlich zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern. Reicht nach Prüfung der Anmeldungen das Vermögen nicht zur Befriedigung aller begründeten Ansprüche aus, so muss der Beistand die Zahlungsunfähigkeit erklären (Art. 421 Ziff. 10) [2]), und es wird über das Vermögen, das ähnlich der ausgeschlagenen Erbschaft ein subjektloses Sondervermögen ist, analog zu Art. 194 SchKG der Konkurs eröffnet.

Das Ende der Verwaltungsbeistandschaft tritt im Gegensatz zur Vertretungsbeistandschaft nicht schon mit Wegfall des Anordnungsgrundes ipso iure ein, sondern erst mit der Entlassung des Beistandes (Art. 439 II). Auch gegenüber der Vormundschaft besteht ein Unterschied. Dort sind das Ende der Bevormundung und die Entlassung des Beistandes zwei voneinander getrennte Stadien, hier ist das eine durch das andere bedingt. Da die Handlungsfähigkeit durch die Beistandschaft nicht beschränkt worden ist, ist das Bedürfnis nach einer solchen Unterscheidung nicht dringend [3]). Die Verbeiständung und die Vermögensverwaltung hören erst mit der Entlassung des Beistandes (Art. 453) auf, d. h. nachdem nach Art. 451 ff. der Beistand Schlussbericht und Schlussrechnung eingereicht hat, diese von den vormundschaftlichen Behörden geprüft und genehmigt worden sind und das Vermögen dem Verbeiständeten, seinen Erben oder seinem Gewalthaber zur Verfügung gestellt worden ist. Eine ausdrückliche Entlassung des Beistandes ist hier also

---

[1]) § 6 49.

[2]) Hier erweist sich die in ZBJV *60*, 1 kritisierte Ausschlusswirkung des öffentlichen Inventars als sinnvoll.

[3]) Trüeb 112.

stets erforderlich. — Gemäss Art. 439 II in Verbindung mit Art. 433 II ist die Vormundschaftsbehörde verpflichtet, die Beistandschaft von Amtes wegen aufzuheben, sobald der Grund der Anordnung weggefallen ist, sobald also z. B. der Abwesende zurückgekehrt oder verschollen erklärt, die Unfähigkeit zur Vermögensverwaltung behoben, die Erbfolge endgültig entschieden, die Dauer der testamentarisch angeordneten Verwaltung abgelaufen ist [1]) usw. — Natürlich kann das beistandschaftliche Amt auch aufhören, ohne dass die Verbeiständung selber aufgehoben wird (Art. 441 ff.).

§ 10.

Insbesondere: Die Beistandschaft für ein Sammelvermögen.

Nach Art. 393 Ziff. 5 ist ein Beistand zu ernennen «bei öffentlicher Sammlung von Geldern für wohltätige und andere dem öffentlichen Wohle dienende Zwecke, solange für die Verwaltung oder Verwendung nicht gesorgt ist». Dieser Fall wurde bei der Darstellung der Verwaltungsbeistandschaft bisher nicht berücksichtigt, sondern aus verschiedenen Gründen einer selbständigen Behandlung vorbehalten. Einerseits ist nämlich, da es über das Sammelunternehmen nur diese eine Gesetzesbestimmung gibt, die Rechtsnatur des Sammelvermögens und die Rechtsstellung der Beteiligten, insbesondere der Sammler, sehr umstritten, andererseits weichen die dem Beistand hier zufallenden Aufgaben von einer gewöhnlichen Vermögensverwaltung mehr oder weniger ab. Folglich wird bei gemeinsamer Behandlung der Voraussetzungen dieses Beistandschaftsfalles und des Amtes des Beistandes, nach Klärung der angedeuteten Fragen über die juristische Konstruktion, die Einheitlichkeit dieses ziemlich schwierigen Gebietes besser gewahrt, und Wiederholungen können vermieden werden.

---

[1]) Vgl. Praxis des BG 6 Nr. 58.

I. Exkurs: Die rechtliche Natur des Sammelunternehmens. Um hierüber etwas auszusagen, muss zunächst festgestellt werden, was unter einem Sammelunternehmen zu verstehen ist [1] [2]. Als Sammelunternehmen bezeichnet man die im Anschluss an eine öffentliche Aufforderung einer oder mehrerer eigens hierfür zusammengetretener Personen von einer nicht verbundenen Personenmehrheit zu einem Vermögen vereinigten Beiträge und die Verwendung dieses Vermögens zu dem kundgegebenen uneigennützigen Zweck. — Kein Sammelunternehmen liegt demnach vor, wenn ein Verein für seine eigenen, wenn auch altruistischen Zwecke sammelt, oder wenn das Vermögen oder ein Teil desselben als dauernder Fonds vereinigt bleiben soll [3], oder wenn die Spender untereinander in einem Vertragsverhältnis stehen und ihnen in irgendeiner Form der Genuss des Vermögens zukommen soll. Von der fiduziarischen Stiftung unterscheidet sich das Sammelunternehmen dadurch, dass bei jener das Vermögen einer schon bestehenden juristischen Person unter Zweckbestimmung zugewendet wird, während bei diesem der Zweck durch die Sammler selber verwirklicht und das Vermögen aufgebraucht wird. Bilden die Spender infolge tatsächlicher Beziehungen einen abgeschlossenen Kreis, so ist das Sammelunternehmen ein privates, welches nach den Regeln der ein-

---

[1]) Der Ausdruck stammt von Kleemann 14 und ist in der Literatur allgemein gebräuchlich geworden, weil er nicht nur das Sammeln, sondern auch das Verwenden des Vermögens treffend bezeichnet.

[2]) Geschichtliches zum Sammelunternehmen siehe vor allen anderen bei Brinkmann 1 ff., welcher nachweist, dass öffentliche Sammlungen schon im Altertum bekannt, aber selten waren, da infolge der ganz andern Struktur der damaligen Gesellschaftsordnung die Linderung der sozialen Not usw. nur einzelnen anheimfiel, ähnlich wie auch später noch. Im Mittelalter begann die Kirche einzugreifen, in neuerer Zeit übernahm der Staat in steigendem Masse solche Aufgaben. Im 19. Jahrhundert kamen die von Privaten unternommenen Sammlungen auf, die im sozialen Leben grosse Bedeutung gewannen.

[3]) BGB § 1914 spricht etwas unklar von dem «vorübergehenden» Zweck des Sammelvermögens.

fachen Gesellschaft (Art. 530 OR) zu beurteilen ist; der Hauptunterschied zum öffentlichen Sammelunternehmen besteht darin, dass die Spender gewisse Rechte am Sammelvermögen, insbesondere ein Aufsichts- und Mitspracherecht haben. Bestritten ist, ob die vollständige Unentgeltlichkeit der Spenden erforderlich sei. Oft wird in Form von Lotterien, künstlerischen Darbietungen usw. eine Gegenleistung geboten. Steht diese in einem Missverhältnis zu dem Beitrag, wie dies tatsächlich meist der Fall ist, so darf ein solches Unternehmen dem eigentlichen Sammelunternehmen gleichgestellt werden [1]).

Obwohl das Sammelunternehmen eine so ausserordentliche praktische Bedeutung erlangt hat, hat es in Rechtsprechung und Gesetzgebung bisher eine untergeordnete Rolle gespielt. Die Theorie hat sich jedoch um so eingehender mit ihm beschäftigt, ohne aber — mit einer Ausnahme aus neuester Zeit — eine allseitig befriedigende Konstruktion, die nicht mit dem geltenden Recht oder den praktischen Bedürfnissen irgendwie in Widerspruch geraten wäre, geboten zu haben. Das Problem ist in der Tat nicht einfach; denn es musste zuerst eine über das Sammelunternehmen weit hinausreichende, im Rechtsleben sehr verbreitete, gesetzlich aber nur für Einzelfälle und auch dort nicht erschöpfend geregelte Erscheinung — die Treuhand — theoretisch einwandfrei definiert werden, bevor das Sammelunternehmen in praktisch und juristisch zufriedenstellender Weise behandelt werden konnte.

Was ferner selbst denen, die (wie wir sehen werden) richtigerweise annehmen, dass das Sammelvermögen im fiduziarischen Eigentum der Sammler steht, in der Darstellung der Rechtsbeziehungen des Sammelunternehmens grosse Schwierigkeiten bereitete, war die ungenügende Erkenntnis dessen, dass auf Seiten der Sammler zwei verschiedene

[1]) Vgl. z. B. Kleemann 9 ff.; Fischbach § 1; Bäcker 5 ff. Unsere Charakteristik soll nicht erschöpfend sein, sondern nur das für unsern Zweck Notwendige andeuten.

Rechtsgeschäfte vorliegen: ausser dem Spendungsvertrag zwischen Spendern und Sammlern nämlich noch das in dem öffentlichen Aufruf enthaltene, einseitig verpflichtende Versprechen der Sammler, das zu spendende Vermögen dem kundgegebenen Zweck zuzuführen. Dieses vor Leistung irgendeiner Spende gegebene Versprechen ist rechtlich durchaus selbständig und von dem Spendungsgeschäft streng zu scheiden [1]). Nur mittels dieser Unterscheidung kann man die bisher meistens gezogene Folgerung vermeiden, dass die Sammler den Spendern gegenüber vertraglich zur zweckgemässen Verwendung des Vermögens verpflichtet wären, woraus sich ein praktisch unmögliches und dem Parteiwillen zuwiderlaufendes Aufsichts-, Rückforderungs- oder Widerrufsrecht der Spender oder gar der Rückfall des Eigentums ergab. So, wenn man in Verquickung des einseitigen Versprechens und des Spendungsvertrages einen (nachträglichen) Auftrag der Spender in die Hingabe der Spende hineinverlegte oder einen Gesellschaftsvertrag zwischen Spendern und Sammlern annahm [2]). Die Verpflichtung der Sammler geht nicht auf eine vertragliche Bindung den Spendern gegenüber zurück, sondern beruht auf dem einseitigen Versprechen im Aufruf und besteht gegenüber jedermann; dies ergibt sich auch mittelbar aus dem in Art. 393 Ziff. 5 enthaltenen Aufsichtsrecht der Vormundschaftsbehörde über das Sammelunternehmen.

Die Rechtsbeziehungen zwischen Sammlern und Spendern erschöpfen sich in dem Spendungsvertrag bzw. in den vielen einzelnen Spendungsverträgen. Die im Aufruf neben dem einseitigen Versprechen erklärte Bereitwilligkeit, Spenden

---

[1]) Die Notwendigkeit, dem einseitigen Versprechen (pollicitatio) trotz Schweigen des Gesetzes Verpflichtungskraft beizulegen, ist vom Bundesgericht anlässlich eines Falles von Auslobung (Art. 8 OR) anerkannt worden: BGE *39* ² 598.

[2]) Es ist überflüssig, auf die verschiedenen Theorien und ihre Kritik nochmals im einzelnen einzutreten. Die Verweisung auf Kleemann 39 ff. und 62 ff.; Fischbach 21 ff. und 82 ff.; Janssen 16 ff.; Bäcker 10 ff. und 38 ff.; und insbesondere Seckel 584 ff. mag hier genügen.

entgegenzunehmen, ist als Einladung zur Stellung von Offerten und die in der Beitragsleistung oder -zeichnung enthaltene Willenserklärung als Offerte anzusehen, die der Annahme durch die Sammler bedarf [1]). Man versuchte, das Spendungsgeschäft unter die eine oder andere der Vertragsarten des Obligationenrechts zu subsumieren, aber ohne Erfolg. Eine einfache Gesellschaft der Spender trifft nicht zu, weil diese untereinander in keine Beziehung treten und an ihrer Spende keine Rechte behalten, am allerwenigsten Gesamteigentümer des Sammelvermögens sein wollen, und weil die Sammler nicht Beauftragte oder Geschäftsführer der Spender sind, wie man bei dieser Konstruktion folgerichtigerweise annehmen müsste. Ein zweiseitiger Vertrag kommt nicht in Frage, weil der Leistung des Spenders keine Gegenleistung gegenübersteht; sie ist vielmehr ihrem ganzen Wesen nach eine unentgeltliche. Gegen die Gleichstellung des Spendungsgeschäftes mit der Schenkung erheben sich aber ernste Bedenken. Denn es ist kein Beschenkter vorhanden: die Sammler sollen und wollen nicht bereichert werden (weshalb auch keine Schenkung unter Auflage vorliegt), und sogenannte Bedachte sind bei vielen Sammelunternehmungen gar nicht vorhanden. Den tatsächlichen Umständen entspricht es einzig, das Spendungsgeschäft als einen selbständigen Vertragstypus aufzufassen, dessen causa derjenigen der Schenkung insofern verwandt ist, als sie auf dem Gebiete der Freigebigkeit liegt, sich aber darin von ihr unterscheidet, dass die Spende auf den Aufruf hin und im Bewusstsein des Zusammenwirkens vieler zur Erreichung eines einheitlichen Zweckes geleistet wird. Das Prinzip der Vertragsfreiheit begünstigt diese Konstruktion [2]). — Bei blosser Zeichnung von Beiträgen haben die Sammler einen klagbaren Anspruch auf Leistung derselben (falls nicht wegen ungenügender Höhe

[1]) So Kleemann 58 f., aber nur bezüglich der Beitragszeichnung.

[2]) Schon Fischbach 88 ff., dessen Theorie im übrigen abzulehnen ist, nimmt eine «Spendungskausa» an. — Die teilweise Ähnlichkeit mit der Schenkung ermöglicht die analoge Anwendung mancher Bestimmungen des Schenkungsrechtes.

der Gesamtsumme der Zeichnungen das Sammelunternehmen aufgegeben werden muss). Im übrigen bestehen zwischen Spendern und Sammlern keine anderen obligatorischen Beziehungen als die im Aufruf von den Sammlern einseitig übernommenen Verpflichtungen, die nicht nur ein Spender, sondern, in Analogie zu Art. 482 [1], jedermann geltend machen kann.

Ausser den obligatorischen waren auch die mit ihnen zusammenhängenden dinglichen Rechtsverhältnisse am Sammelvermögen bisher sehr unabgeklärt. Die Ansicht, es könnte den Spendern (auf Grund eines Gesellschaftsvertrages, als Miteigentumsgemeinschaft usw.) in irgendeiner Form das Eigentum am Sammelvermögen zustehen, ist unhaltbar; denn einerseits stehen die Spender untereinander in keinerlei Beziehung, und andererseits haben sie den Willen, das Eigentum aufzugeben und mit dem Sammelunternehmen nichts mehr zu tun zu haben, insbesondere keine Verantwortung für die Erreichung des Sammelzwecks, z. B. in Gestalt einer Aufsichtspflicht, zu übernehmen, ist doch ihre Gabe wesentlich auf das den Sammlern entgegengebrachte Vertrauen gegründet.

Es bleibt folglich nur die Möglichkeit, dass es die Sammler sind, die das Eigentum am Sammelvermögen erwerben, und zwar ein entsprechend dem Aufruf durch den Sammelzweck fiduziarisch beschränktes Eigentum. Die bisherigen Vertreter dieser Lösung machten aber wiederum den Fehler, die fiduziarische Beschränkung auf den Vertrag zwischen Spendern und Sammlern zurückzuführen, wozu auch die beiden bisher der Theorie fast ausschliesslich geläufigen Arten fiduziarischer Berechtigung, das römischrechtliche fiduziarische Geschäft und die deutschrechtliche Treuhand, das ihre beitrugen. Nach den Grundsätzen der römischen fiducia erwirbt der Fiduziar das volle, unbeschränkte Recht nicht nur Dritten, sondern auch dem Fiduzianten gegenüber; dieser ist auf den rein obligatorischen Anspruch aus der Nebenabrede (pactum fiduciae) beschränkt, dass die zweck-

überschiessende Rechtsmacht nicht missbräuchlich ausgeübt werde. Folglich kann die übertragene Sache vom Fiduzianten mangels eines dinglichen Rechtes nicht vindiziert werden, sie ist unterschiedslos in das Vermögen des Fiduziars übergegangen. Die Anwendung dieser Grundsätze auf das Sammelunternehmen ergibt zunächst einmal, dass jener obligatorische Anspruch den Spendern zustehen würde, was zwar nicht gerade unzutreffend, aber doch ungenau ist, da sie als Spender keine Ansprüche haben, die nicht auch Dritte (aus dem Aufruf) hätten. Ferner würde das Sammelvermögen als volles Eigentum der Sammler kein Sondervermögen bilden, sondern sich mit den Privatvermögen derselben vermischen, eine Aussonderung wäre auf Grund der bloss obligatorischen Beschränkung ausgeschlossen, bei Tod der Sammler würde das Sammelvermögen auf deren Erben übergehen usw. — lauter praktisch unhaltbare Folgerungen [1]). Nicht viel besser steht es mit dem deutschrechtlichen Treuhandeigentum, welches, unter dinglich wirkender Resolutivbedingung übertragen, bei Eintritt der Bedingung, z. B. Missbrauch seitens des Treuhänders, Konkurs oder Tod desselben, Unmöglichkeit des mit der Übertragung erstrebten Zweckes, ipso iure auf den früheren Eigentümer zurückfällt [2]). Ein solcher Rückfall würde dem Willen der Spender geradeswegs zuwiderlaufen, da durch ihn bei Wegfall oder Konkurs der Sammler der Sammelzweck vereitelt würde, indem jeder Spender wieder frei über seinen Beitrag verfügen könnte; praktisch wäre auch abgesehen hiervon der Rückfall oft unmöglich, z. B. bei ungenannten Spendern. Der einzige Vorteil dieser Theorie ist die infolge der dinglichen Beschränkung sich ergebende Aussonderung im Konkurs. Um diese beiden fiduziarischen Theorien den praktischen Bedürfnissen beim Sammelunternehmen mehr oder weniger anzupassen, mussten ihre jewei-

---

[1]) Diese Folgerungen sind, wie sich zeigen wird, nicht zwingend, wurden aber für das römischrechtliche fiduziarische Geschäft gezogen.

[2]) Schultze, Langobardische Treuhand, Treuhänder im geltenden Recht.

ligen Vertreter so viele Zugeständnisse machen und stillschweigende Vereinbarungen zwischen Spendern und Sammlern hinzudenken, dass von einer einigermassen konsequenten Anwendung derselben keine Rede mehr war [1]).

Um all diesen Schwierigkeiten zu entgehen, versuchten mehrere Theorien, alle unmittelbar oder mittelbar im Anschluss an die Theorie des Zweckvermögens von Brinz, das Sammelvermögen dem Eigentum nach von den beteiligten Personen unabhängig zu machen [2]). Dieses wurde sogar zum öffentlich-rechtlichen Amtsvermögen und die Sammler zu freiwilligen Geschäftsführern des Staates gestempelt, was schon darum unhaltbar ist, weil das Sammelunternehmen zweifellos ein privates Rechtsgeschäft ist. Naheliegend war es dagegen, das Sammelunternehmen bzw. Sammelvermögen zur juristischen Person zu machen, da dieser Lösungsversuch vor allen anderen die grössere Einfachheit und unmittelbare praktische Brauchbarkeit voraus hat. Die Sammler sind danach Vertreter dieser juristischen Person, deren Vermögen von vornherein selbständig ist; sie handeln in ihrem Namen und berechtigen und verpflichten unmittelbar sie; sie ist partei- und prozessfähig. Aber ein grosses Bedenken steht auch dieser Theorie entgegen: das Sammelvermögen ist unter keine der im Gesetz vorgesehenen juristischen Personen

---

[1]) Es können hier nur die entscheidenden Hauptpunkte hervorgehoben werden. Was sich im einzelnen für Folgerungen ergeben, hat Seckel 585 ff. aufgezeigt, auf welchen statt aller verwiesen werden kann.

[2]) Die Brinzsche Theorie wurde durch Schwarz und Janssen in der Lehre vom Zweckrecht weitergebildet. Um die Schwierigkeit zu überwinden, bei manchen Vermögensmassen das Subjekt zu finden, setzten sie nicht etwa nur in diesen Fällen, sondern ganz allgemein den Zweck zum Subjekt und degradierten das eigentliche Subjekt zum Vertreter des Subjektes Zweck. Mit solchen Konstruktionen kommt man praktisch (und folglich auch theoretisch) nicht weit. Es kommt zweifellos vor, dass Rechte ohne Subjekt weiterbestehen, so z. B. die ausgeschlagene Erbschaft und das Sammelvermögen nach Wegfall der Sammler. Vgl. ferner den Fall des subjektlosen Bankguthabens, § 6 49. Deswegen aber einen Zweck zum Subjekt zu machen, ist überflüssig und verwirrend.

einzureihen. Der Anwendung des Vereins- oder Stiftungsrechtes steht ausser vielen andern Schwierigkeiten schon die gewohnheitsrechtlich sanktionierte Formlosigkeit des Sammelunternehmens im Wege [1]). Für eine neue Art juristischer Personen ist angesichts der abschliessenden Regelung des Gesetzes kein Raum. Immerhin wäre, falls sich keine andere Lösung bieten würde, zuzugeben, dass die Lücke des Gesetzes bezüglich des Sammelunternehmens am vernünftigsten durch analoge Anwendung der Grundsätze über die juristischen Personen ausgefüllt würde, wobei die rein theoretische Frage, ob es wirklich juristische Persönlichkeit besitze, ähnlich wie bei der Kollektivgesellschaft offen bleiben könnte [2]).

Da das Sammelvermögen keine juristische Person ist, aber auch nicht herrenloses Gut sein kann, weil die Spender ihre Gabe nicht derelinquiert haben, das Eigentum aber auf irgend jemand übergegangen sein muss, so kommen nur die Sammler als Rechtssubjekte des Sammelvermögens in Betracht. Die Vermutung liegt nun nahe, dass sowohl die römische fiducia und die deutsche Treuhand als auch moderne Erscheinungen wie das Sammelunternehmen, da sie augenscheinlich miteinander eine gewisse Verwandtschaft aufweisen, Spezialfälle eines allgemeinen Begriffes der Treuhand oder fiducia [3]) sind, dessen gemeinsame Merkmale gesucht werden müssen.

Schless hat von einem anderen Ausgangspunkt her diese Untersuchung unternommen und mit Erfolg durchgeführt. Er ging von der Voraussetzung aus, dass zwischen mittelbarer Stellvertretung und Treuhand begriffliche Beziehungen vorhanden sein müssen. Diese Vermutung war in der Tat berechtigt; man denke nur an das Prinzip der Subrogation bzw. Aussonderung gemäss Art. 401 OR und 202 SchKG, das für diejenigen Rechte gilt, die der Stellvertreter im

---

[1]) Vgl. v. Tuhr, Bürgerliches Recht 1 616 f.; Seckel 581.

[2]) In diesem Sinne das Gutachten Seckels, vgl. 629 Anm. 325.

[3]) Wir gebrauchen diese Ausdrücke von nun an als gleichbedeutend; siehe Schless 24 ff.

eigenen Namen, aber für den Vertretenen erworben hat, und dessen Anwendung auf die Treuhandverhältnisse immer wieder gefordert wurde, weil sie dem Rechtsgefühl entspricht, wegen ungenügender juristischer Begründung [1]) aber bestritten war. Die Begriffsbestimmung des Treuhänders müsste über diese Frage eine eindeutige (positive oder negative) Antwort geben. Das ist bei derjenigen von Schless der Fall.

Er stellt zunächst fest, dass die gesetzliche Umschreibung der Stellung des Kommissionärs, das Handeln im eigenen Namen für fremde Rechnung [2]), nicht nur auf die Kommission, den praktisch wichtigsten Fall der mittelbaren Stellvertretung, sondern auf diese letztere allgemein zutrifft. Mittelbarer Stellvertreter ist, wer im eigenen Namen für fremde Rechnung handelt [3]). Für fremde Rechnung handelt, wer für einen andern handelt mit dem Willen, dass im Verhältnis zwischen ihm und dem andern auf jeden Fall diesen die Folgen des Handelns treffen sollen [4]). Dies mussten wir im Hinblick auf die folgenden Ausführungen über die Treuhand kurz zusammenfassend erwähnen.

Was diese betrifft, so weist Schless überzeugend nach, inwiefern die bisherigen Theorien unzulänglich waren [5]). Die auf Regelsberger zurückgehende Lehre vom Missverhältnis zwischen dem erstrebten Zweck und dem dafür angewandten juristischen Mittel, welches eine über den Zweck hinausgehende Rechtsmacht verleiht, enthält keine eigentliche Definition und ist insofern ungenau, als ein solches Missverhältnis auch bei nicht fiduziarischen Rechtsverhältnissen vorkommen kann. Nicht viel weiter gelangt man mit der Unterscheidung der äusseren, formell-juristischen und der inneren, materiell-wirtschaftlichen Stellung des Treuhänders.

---

[1]) Z. B. mit dem «wirtschaftlichen» Eigentum.

[2]) OR Art. 425: für die Rechnung eines andern.

[3]) Schless 14.

[4]) Schless 13. Diese Formulierung umfasst richtigerweise auch die direkte Stellvertretung, da das Handeln für fremde Rechnung jeder Stellvertretung wesentlich ist.

[5]) Schless 28 ff.

Denn eine relative Rechtsstellung, nach der der Treuhänder wohl gegenüber Dritten, nicht aber gegenüber dem Treugeber berechtigt ist, kann nur durch Gesetz [1]), nicht aber durch Parteiwillkür geschaffen werden. Das Kriterium des sogenannten wirtschaftlichen Eigentums ist nicht verwertbar, da man die wirtschaftliche Berechtigung nicht durchwegs dem Treugeber zusprechen kann, sondern sie z. B. bei der Sicherungsübertragung dem Treuhänder zusprechen muss. Die besonders vom deutschen Reichsgericht vertretene Legitimationstheorie verneint auch nach aussen die Berechtigung des Treuhänders und lässt ihm nur die Befugnis zur Geltendmachung des übertragenen Rechts im eigenen Namen. Eine solche Legitimationsübertragung ist aber unzulässig, falls sie nicht für Einzelfälle gesetzlich vorgesehen ist (Artikel 168 II ZGB). Eine Weiterbildung dieser Theorie ist diejenige Gerstles, nach dem die fiduziarische Berechtigung ein dingliches Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen sein soll [2]). Dem steht aber der numerus clausus der dinglichen Rechte entgegen; wenn auch ein solches Verwaltungsrecht gesetzlich, z. B. im Familienrecht, vorkommt, so können es doch die Parteien nicht vereinbaren. — Der Begriff des fremden Interesses, der auch bei der mittelbaren Stellvertretung herangezogen wurde, hat bei der Treuhand eine grosse Rolle gespielt [3]). Wie aber dort mittelbare Stellvertretung auch im eigenen Interesse möglich ist [4]), und im Interesse anderer gehandelt werden kann, ohne dass Stellvertretung vorliegt [5]), so ist auch für die Treuhand das Merkmal des fremden Interesses in der einen Richtung zu weit, da Rechtsträgerschaft in fremdem Interesse auch ohne fiduziarisches Verhältnis

---

[1]) Vgl. Art. 717 I ZGB, 204 SchKG.

[2]) Schon Fischbach 84 ff. konstruierte beim Sammelvermögen die Rechtsstellung der Sammler mittels dinglichen Verwaltungsrechts und sprach den Spendern die nuda proprietas an ihren Beiträgen zu.

[3]) Oser 218 verwendet ihn, sowie im Anschluss an ihn z. B. Blätter für zürcherische Rechtsprechung *28* Nr. 57.

[4]) Z. B. die Kommission.

[5]) Schless 8.

vorkommt, in der andern Richtung zu eng, da es Treuhänder im eigenen Interesse gibt [1]). Trotzdem kommt die Definition Schultzes [2]), Treuhänder sei, wer Rechte als Eigenrechte empfangen hat mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen, dem Wesen der Treuhand schon ziemlich nahe. Denn der Treuhänder ist zwar voller Rechtsträger, betrachtet aber im Innenverhältnis den Treugeber als Rechtsträger. Demzufolge erkennt Schless, im Anschluss an die oben erwähnte Umschreibung des Handelns für fremde Rechnung, den Treuhänder als Rechtsträger für fremde Rechnung [3]) [4]).

Hieraus ergibt sich, dass der mittelbare Stellvertreter, sobald er für den Vertretenen Rechte erworben hat, bezüglich dieser Rechte Treuhänder ist, denn sie stehen ihm für fremde Rechnung zu. Dies ist auch der Grund der in Art. 401 OR und 201, 202 SchKG vorgesehenen Aussonderung:

[1]) Schless 41 f.

[2]) Treuhänder 1.

[3]) Schless 42 ff. — Dieser Begriff setzt u. a. dem Streit über die Rechtsfähigkeit von Vermögensmassen, die nur durch einen bestimmten Zweck zusammengehalten werden (ausgeschlagene Erbschaft, Sammelvermögen), diesen «konstruktiven» oder «verkannten» juristischen Personen, ein Ende (vgl. Pagel, Archiv für bürgerliches Recht *42* 242, und Egger, Personenrecht (2) 142 ff). Es tritt stets jemand an die Stelle des fehlenden Subjektes, sei es ein staatlicher Beamter oder ein Treuhänder. Dass die «fremde Rechnung» einer Person als eigene zustehe, ist durchaus nicht erforderlich. Eine «Rechnung» kann rein buchmässig bestehen oder eröffnet werden. Nur ein bestimmter Zweck ist ihr wesentlich und jemand, der sie führt; nicht aber jemand, dem sie als eigene zusteht.

[4]) Es ist hier der Ort, um die Abgrenzung der Verwaltungsbeistandschaft von der Treuhand, die bisher absichtlich unterlassen wurde, nachzuholen. Es ist nicht zu verkennen, dass die Funktionen von Verwaltungsbeistand und Treuhänder sich oft sehr ähnlich sind (Art. 393 Ziff. 1 und 5). Hierin liegt also kein wesentlicher Unterschied. Ausschlaggebend ist hingegen, dass der Beistand nie sich selber als Berechtigten betrachtet und die Verwaltung nicht in seinem Namen führt, sondern stets gesetzlicher Vertreter ist. Er wird eben staatlich bestellt und übt ein öffentliches Amt aus (ähnlich wie der Konkursverwalter), während die Treuhändereigenschaft, das Subjektsein bezüglich fremder Rechte, nur durch privaten Willensakt entstehen kann. — Nicht entscheidend ist, was Brunner 81 anführt.

Rechte, die nicht auf die Rechnung des Gemeinschuldners, sondern auf eine fremde Rechnung gehören, sind kein Bestandteil seines Vermögens, müssen folglich aus der Konkursmasse ausgesondert werden können (bzw. bei Spezialexekution muss der Widerspruch gegen Pfändung des Treugutes zulässig sein). Für einen Fall fiduziarischer Berechtigung, der nicht zugleich unter die mittelbare Stellvertretung fällt, ist dieses Prinzip bereits gesetzlich anerkannt: Nach Art. 201 SchKG kann jemand, der dem Gemeinschuldner ein Inhaber- oder Orderpapier als Deckung für eine bestimmte künftige Zahlung übertragen hat, die Rückgabe desselben verlangen. In analoger Anwendung der erwähnten Gesetzesbestimmungen ist das Prinzip der Aussonderung grundsätzlich [1]) auf alle Fälle von Treuhandschaft auszudehnen, da der gesetzgeberische Grund hier ausnahmslos vorliegt: Werte, die jemandem für fremde Rechnung zustehen (und mit dieser Möglichkeit muss jeder Gläubiger rechnen), die er also im Verhältnis zu einem andern als diesem gehörig betrachtet, sollen auch für seine Gläubiger unangreifbar sein [2]). Die Gläubiger würden sonst mehr Rechte haben als der Schuldner selber. — So gelangt man mit Hilfe einer exakten Definition der Treuhand zu einer praktisch befriedigenden Ordnung dieses Institutes, die zudem ihre wesentlichen Anhaltspunkte aus dem Gesetz selber schöpft. Für das Sammelvermögen wird sich hieraus eine, wie wir hoffen, allseitig haltbare Konstruktion ergeben, die nicht vom Gesetz abzugehen braucht, wie manche der oben angedeuteten Theorien dies nötig zu haben glaubten.

Es ist aus unseren Ausführungen schon hervorgegangen, dass natürlich mittelbare Stellvertretung und Treuhand sich

[1]) Bei der sogenannten gemischten Treuhänderschaft, wo der Treuhänder den Treugeber zwar als Berechtigten betrachtet, sich selber aber ein beschränktes Recht, z. B. ein Pfandrecht, am Treugut zuschreibt, ist in erster Linie die Rechtsstellung des Treuhänders als Pfandgläubiger massgebend. Das tut aber dem Prinzip der Aussonderung als solchem keinen Abbruch. Schless 57 f. und 85 ff. Vgl. Art. 401 III OR.

[2]) Schless 79.

nicht decken [1]). Führt die mittelbare Stellvertretung zu fiduziarischer Berechtigung, so sind die Treurechte immer von einem Dritten erworben. Daneben gibt es Fälle, in denen der Treuhänder die Rechte vom Treugeber empfängt oder selber Gegenstände zu Treugut macht. Es ist also gleichgültig, von wem das Treugut herrührt; dieses braucht nicht «anvertraut» worden zu sein (schon der moderne Zahlungsverkehr macht eine Unterscheidung nach diesem Merkmal unmöglich). Trotzdem kann der Treugeber, d. h. derjenige, für dessen Rechnung dem Treuhänder die Rechte zustehen, mit Recht als solcher bezeichnet werden, da er, auch ohne gerade selber das Treugut anvertraut zu haben, Vertrauen in die Treue des andern setzt [2]). Stets genügt es, dass dem Treuhänder Rechte zustehen, bezüglich deren er eine bestimmte Treupflicht zu beobachten hat [3]). Ob er Treuhänder wird, hängt nur von seinem Willen ab: das Entstehen der Treuhänderstellung ist nicht auf einen Vertrag zwischen Treugeber und Treuhänder zurückzuführen [4]). Das der Treuhand zugrundeliegende kausale Rechtsverhältnis kann ganz beliebiger Art sein; es kann auf einem Vertrag oder einem einseitigen Rechtsgeschäft (wie beim Sammelunternehmen) beruhen oder auch ganz fehlen, was der Fall ist, wenn jemand sich z. B. donandi causa allein zum Treuhänder bestimmter Vermögenswerte macht (nur muss dieser Wille, um rechtserheblich zu sein, irgendwie zum Ausdruck gelangen; der spätere Schenkungsvertrag ist hiervon unabhängig). — Die Resolutivbedingung, unter der nach Schultze die Eigentumsübertragung auf den Treuhänder erfolgen soll, ist, wie sich hieraus ergibt, der Treuhand nicht wesentlich. Sie kommt nur bei gewissen Grundgeschäften vor, wo sie auch nicht allgemein vermutet werden darf. Am allerwenigsten darf man beim Spendungsgeschäft mit ihr operieren.

---

[1]) Schless 61.
[2]) Schless 52.
[3]) Schless 51 ff.
[4]) Schless 51 Anm. 22.

Bezüglich des Sammelunternehmens erkennen wir nun, dass die Sammler sich mittels der Zwecksatzung im Aufruf einseitig zu Treuhändern gemacht haben, dass aber, da das Sammelvermögen niemandem als Eigenberechtigtem gehört, gar kein eigentlicher Treugeber vorhanden ist [1]). Treugeber ist gewissermassen der Zweck des Unternehmens oder das Unternehmen selber, welche aber beide, da sie kein Rechtssubjekt sind, die aus der Treugeberstellung resultierenden Rechte nicht wahrnehmen können. Schless nennt solche Fälle «besondere Treuhänderschaft» im Gegensatz zur «gewöhnlichen», bei der wirkliche Rechtssubjekte Treugeber sind [2]). Wir haben keinen Anlass, von dieser Terminologie abzuweichen. Wer soll nun aber die Treugeberrechte beim Sammelunternehmen wahrnehmen? In erster Linie erscheint die Folgerung als zulässig, dass in Analogie zu Art. 482 I ZGB jedermann unter Berufung auf das im Aufruf abgegebene öffentliche Versprechen der Sammler das Recht habe, die zweckgetreue Verwendung des Vermögens zu verlangen. Sodann ist in Art. 393 der Vormundschaftsbehörde eine eigentliche Treugeberstellung eingeräumt. Die allgemeine Umschreibung ihrer Kompetenzen («das Erforderliche anzuordnen») umfasst in denjenigen Fällen, wo das ungenügend verwaltete Vermögen in den Händen eines Treuhänders ist (es braucht kein Sammelvermögen zu sein), auch die Geltendmachung der Treugeberrechte [3]). Sie hat also den Treuhänder zu beaufsichtigen und ihn nötigenfalls zur getreuen Durchführung seiner Aufgabe anzuhalten, die Aussonderung des Treugutes aus seinem Konkurs zu bewirken oder ihm die Verwaltung zu entziehen und einen Beistand zu bestellen.

---

[1]) Wir haben schon oben dargetan, dass die Spender keine Rechte an ihrem Beitrag behalten und keine solchen am Sammelvermögen erwerben, und dass sie ungeeignet sind, als Spender eine Aufsicht auszuüben (vgl. Seckel 577), weshalb sie als Treugeber nicht in Betracht kommen. Anders u. U. bei einem privaten Sammelunternehmen.

[2]) Schless 60.

[3]) Vgl. Art. 246 II OR.

Dieses letztere ist bei einem Mangel auf seiten des Treuhänders ihre Pflicht, sobald es sich um ein öffentliches Sammelunternehmen mit einem dem öffentlichen Wohle dienenden Zweck handelt (Art. 393 Ziff. 5) [1]).

Das Surrogationsprinzip wird für das Treugut, mit verschiedener Begründung, fast durchweg bejaht. Es ergibt sich aus dem Begriff der Treuhand von selber. Was dem Treuhänder für fremde Rechnung zusteht, ist Treugut, was er für fremde Rechnung erwirbt, wird Treugut. Ohne Zustimmung des Treugebers kann der Treuhänder sich nicht in einen Rechtsträger für eigene Rechnung verwandeln. Alle Verfügungen über Treugut geschehen, auch gegen den Willen des Treuhänders, ipso iure für Rechnung des Treugebers [2]). Verwendet also z. B. ein Sammler Werte des Sammelvermögens für seine persönlichen Zwecke, so gehört der erworbene Gegenwert ohne weiteres ins Sammelvermögen und kann von den andern Sammlern oder dem Beistand herausverlangt werden.

Sehr wichtig ist die Frage, ob die Sammler für die Verbindlichkeiten des Sammelunternehmens nur mit dem Sammelvermögen oder aber persönlich haften. Für den Treuhänder im allgemeinen wird die unbeschränkte Haftung bejaht, da die von ihm für fremde Rechnung eingegangenen Schulden seine Schulden sind wie die für eigene Rechnung eingegangenen [3]). Wenn er belangt worden ist, hat er natürlich ein Rückgriffsrecht auf den Treugeber. Die Haftung kann selbstverständlich vertraglich auf das Treugut beschränkt und diese Beschränkung unter Umständen als stillschweigend vereinbart angenommen werden. Haben die Sammler im Aufruf die Haftungsbeschränkung nicht ausdrücklich erwähnt, so ist anzunehmen, dass sie sich nur unter dieser stillschweigenden Voraussetzung in den Dienst des Unternehmens stellen wollten. Es wäre äusserst unbillig, die Sammler,

[1]) Schless 89.
[2]) Schless 64.
[3]) Schless 89 ff.

die aus altruistischen Beweggründen grosse Arbeit und Mühe auf sich nehmen und sich der öffentlichen Kritik aussetzen, für die Verbindlichkeiten desselben persönlich haften zu lassen [1]). Dies würde auf die Unternehmungsfreude sehr lähmend wirken und ist in Anbetracht der positiven sozialen Funktion der Sammelunternehmungen wenn irgend möglich zu vermeiden. Die Interessen der Drittkontrahenten müssen hier zurücktreten, zudem ist es für diese in der Regel erkennbar, dass sie es mit einem uneigennützigen Unternehmen zu tun haben [2]). Es lassen sich übrigens aus dem Gesetz selber Anhaltspunkte für die Annahme der Haftungsbeschränkung gewinnen. Nach Art. 246 III OR ist der Beschenkte nicht verpflichtet, eine Auflage zu vollziehen, wenn der Wert der Schenkung die Kosten derselben nicht deckt. In ähnlicher Weise sollen auch die Sammler keine persönlichen Unkosten haben bzw. nicht mit ihrem Privatvermögen haften. — Aus der Tatsache, dass die Sammler eine einfache Gesellschaft sind, lässt sich für die Frage der Haftung nicht viel herleiten, da das Gesellschaftsvermögen nicht gewöhnliches, sondern fiduziarisches Gesamteigentum der Sammler ist. Einzig die Bestimmung, dass ein Gesellschafter, dessen Beitrag in Arbeit besteht, keinen Anteil am Verlust haben soll (Art. 533 III OR), gibt einen Fingerzeig im Sinne der beschränkten Haftung. — Endlich lässt sich diese auch damit begründen, dass bei Sammelunternehmungen kein Treugeber vorhanden ist, auf den die Sammler Regress nehmen könnten.

Bei Unmöglichkeit, das Sammelvermögen für den vorgesehenen Zweck zu verwenden, muss den Sammlern, selbst wenn sie im Aufruf nichts über eine anderweitige Verwendung gesagt haben, das Recht zugestanden werden, das Vermögen einem möglichst ähnlichen Zwecke zuzuwenden, und zwar

---

[1]) Der Treugeberanspruch der Öffentlichkeit aus Verschulden der Sammler, z. B. unsorgfältiger Verwaltung, Veruntreuung, bleibt vorbehalten.

[2]) Bartsch 189 ff.

ohne Mitspracherecht der Spender oder des Staates [1]). Jeder Spender muss mit dieser Eventualität rechnen. Da Rückleistung der Beiträge bei einem öffentlichen Sammelunternehmen wegen praktischer Schwierigkeiten von den Sammlern kaum vorgesehen worden sein wird, unterwirft sich der Spender auch in dieser Beziehung der Verfügungsmacht der Sammler, die getreue Verwendung des anvertrauten Gutes voraussetzend [2]). Bei willkürlicher Zweckänderung hat die Vormundschaftsbehörde gemäss Art. 393 von Amtes wegen oder auf Antrag aus dem Publikum (Artikel 482 [1]) einzuschreiten [3]).

Diese Charakteristik der wichtigsten rechtlichen Beziehungen des Sammelunternehmens war angesichts der Kontroversen auf diesem Gebiet angezeigt. Mittels ihrer haben wir die Stellung der Sammler erkannt und werden nun, ohne die Rechte und Pflichten derselben im einzelnen zu beschreiben, das Amt des Beistandes eines Sammelvermögens darstellen können.

II. Die Beistandschaft. Die Voraussetzungen der Errichtung einer Beistandschaft für ein Sammelvermögen sind nach Art. 393 Ziff. 5 folgende:

Es muss sich um ein öffentliches Sammelunternehmen handeln. Dies ist der Fall, wenn die Sammler sich an die Allgemeinheit oder wenigstens an einen der Zahl nach unbestimmten und nicht durch Sonderinteressen zusammengehaltenen Spenderkreis wenden, welcher allerdings nach bestimmten Merkmalen näher bezeichnet sein kann. So ist die Öffentlichkeit vorhanden, wenn der Aufruf an die Anhänger einer staatlich anerkannten Religion oder an die Einwohner eines grösseren Gebietes gerichtet ist; nicht dagegen, wenn die Sammlung in einem geschlossenen Verband, z. B. einem Verein, oder in einem durch engere Interessen,

[1]) Ähnlich Seckel 628.

[2]) Vgl. Brinkmann 99 f.

[3]) Vgl. das Zweckänderungsrecht des Staates bei den Stiftungen, Art. 86 ZGB.

z. B. den gemeinsamen Beruf, gekennzeichneten Kreise veranstaltet wird. Die Art der Sammlung (Hauskollekte) hat keinen Einfluss auf das Moment der Öffentlichkeit, ebensowenig wie der öffentliche Aufruf, der auch bei einem privaten Unternehmen möglich ist.

Unternehmen, die mittels künstlerischer oder geselliger Veranstaltungen sammeln, indem sie den Spendern ein teilweises Entgelt bieten, sind den eigentlichen Sammlungen gleichzusetzen.

Das Sammelvermögen braucht selbstverständlich nicht, wie man nach dem Gesetzeswortlaut meinen könnte, aus Geld allein zu bestehen. Es braucht überhaupt nicht aus Geld zu bestehen. Die Vormundschaftsbehörde ist zum Eingreifen auch verpflichtet, wenn das gesammelte Vermögen aus Naturalgaben usw. oder aus Forderungen (der gezeichneten Beiträge) besteht.

Der kundgegebene Zweck der Sammlung muss wohltätig sein oder sonst in irgendeiner Weise dem öffentlichen Wohle dienen. Neben charitativen und sozialpolitischen Bestrebungen ist hier hauptsächlich auch an die Förderung von Wissenschaft und Kunst, den Heimat- und Naturschutz, den Ausbau der Volksbildung usw. zu denken, deren Gemeinnützigkeit zwar manchmal nicht so unmittelbar wie bei jenen zu erkennen ist, aber oft um so nachhaltigere Wirkungen zugunsten der Gesamtheit hat. Im einzelnen Falle wird unter Umständen die Frage, ob der Zweck des Unternehmens dem öffentlichen Wohle dient, nicht leicht zu beantworten sein. Bei ihrer Beurteilung muss jede politisch oder weltanschaulich bedingte Voreingenommenheit möglichst ausgeschaltet werden. — Das ZGB verlangt im Gegensatz zu § 1914 BGB nicht, dass der Zweck vorübergehend sei. Dieser etwas irreführende Ausdruck will nur besagen, dass das Sammelunternehmen keine auf Dauer berechnete Einrichtung ist, sondern aufhört, sobald in Aufzehrung des Vermögens der Zweck erreicht worden ist, wodurch es sich insbesondere von der Stiftung und der fiduziarischen Stiftung unterscheidet. Dies trifft auch für unser Recht zu.

Fehlt im einzelnen Fall eines der bisher besprochenen Merkmale, so kann die Vormundschaftsbehörde auf Grund von Art. 393 I das Erforderliche zur Verwaltung und Verwendung des Vermögens anordnen; sie kann auch einen Beistand bestellen, ist aber im Unterschied zu Ziff. 5 zu dieser Massnahme nicht verpflichtet.

Damit die Vormundschaftsbehörde Grund habe, sich des Sammelvermögens anzunehmen, ist erforderlich, dass für die Verwaltung und Verwendung desselben nicht gesorgt sei. Das ist in erster Linie dann der Fall, wenn die Sammler aus irgendeinem Grunde an der Durchführung ihrer Aufgabe verhindert sind. Tod, Eintritt der Handlungsunfähigkeit, Abwesenheit, Konkurs haben im allgemeinen nur bei einem Einzelsammler Bedeutung, weil ein solcher Hinderungsgrund kaum bei mehrerern Sammlern gleichzeitig auftritt; Rücktritt usw. auch bei einem Sammlerkomitee. Solange noch mindestens ein fähiger Sammler vorhanden ist, genügt dies vollständig. Die Universalsukzession bei Tod eines Sammlers erstreckt sich nie auf das Sammelvermögen. Grundsätzlich muss allerdings die Nachfolge des Erben eines Treuhänders in die gesamte Treuhandstellung bejaht werden, falls nicht eine auflösende Bedingung für den Fall des Todes gesetzt wurde [1]), jedoch unter dem Vorbehalt, dass das der Treuhandschaft zugrundeliegende Rechtsverhältnis vererblich ist. Das trifft nun gerade beim Sammler nicht zu: die obligatorische Verpflichtung aus dem Aufruf ist höchstpersönlich, das Vertrauen wird nur ihm selber, nicht aber ohne weiteres seinen Erben entgegengebracht; folglich geht sie mit seinem Tode unter und das durch sie als Sondervermögen gebundene Sammelgut fällt nicht in die Erbschaft. Selbstverständlich ist es den Erben nicht verwehrt, sich freiwillig zu Treuhändern des Sammelvermögens zu machen, indem sie, ähnlich wie der Erblasser im Aufruf, die obligatorische Verpflichtung in ihrer Person neu schaffen; das hat aber mit der Erbfolge nichts zu tun.

---

[1]) Schless 65 f.

Während § 1914 BGB eine Pflegschaft nur bei Wegfall der Sammler zulässt, geht Ziff. 5 in diesem Punkte mit Recht weiter. Es fallen nämlich unter diese Bestimmung ausser den erwähnten Arten von Verhinderung auch die Unfähigkeit oder Unehrlichkeit der Sammler, die nicht zweckgetreue Verwendung des Vermögens und der Missbrauch der Treuhandbefugnisse, falls nicht unverzüglich von privater Seite für geeignete Persönlichkeiten zur Ersetzung der früheren gesorgt wird. Nach Ziff. 5 sollte zwar nicht eine ungenügende Verwaltung, sondern nur das völlige Fehlen derselben eine Beistandschaft rechtfertigen [1]). Dem ist aber nicht so, da die Vormundschaftsbehörde auf jeden Fall durch die allgemeine Voraussetzung des Art. 393, das Fehlen der «nötigen» Verwaltung, gedeckt ist [2]).

Sind die Voraussetzungen der Errichtung einer Beistandschaft im Sinne unserer Ausführungen gegeben, so hat die Vormundschaftsbehörde bei der Bezeichnung des Beistandes möglichst darauf zu achten, dass in seiner Person diejenigen Eigenschaften, die für das betreffende Sammelunternehmen wesentlich sind, z. B. eine bestimmte Konfession oder Parteizugehörigkeit, vorhanden sind [3]). Die Stellung und die Tätigkeit des Beistandes ist nun nicht ohne weiteres identisch mit derjenigen der weggefallenen, verhinderten oder abgesetzten Sammler [4]).

Die Sammler waren, wie wir gesehen haben, Treuhänder; d. h. sie waren Eigentümer des Sammelvermögens bzw. Rechtsträger der in ihm vereinigten Rechte, aber nicht für ihre eigene, sondern für die Rechnung des Sammelunternehmens oder des mit demselben erstrebten Zweckes [5]).

---

[1]) In jenem Sinne hatte der Vorentwurf gelautet, was dann aber aus Furcht, die Behörde könnte sich aus politischen Motiven in manches Sammelunternehmen einmischen, geändert wurde.

[2]) Zu Ziff. 5 im allgemeinen Trüeb 51; Egger Art. 393, 6; Kaufmann Art. 393 N. 31 ff.

[3]) Ähnlich dem in Art. 380 ausgesprochenen Gedanken.

[4]) Ungenau Trüeb 88 und Kleemann 87 ff.

[5]) Siehe 98 Anm. 3 a. E.

Wie wir ausführten, sind nicht die Spender, von denen sie das Treugut erhielten, sondern das (nicht rechtsfähige) Sammelunternehmen als Treugeber anzusehen. Da sich folglich die Sammler mittels des Aufrufes selber zu Treuhändern gemacht hatten, so kann die Unterscheidung, ob sie beim Sammeln, bei der Eingehung von Verträgen usw. im eigenen oder in fremdem Namen handelten, gar nicht gemacht werden [1]). Es war gar keine Person vorhanden, der sie die von ihnen abgegebenen Willenserklärungen hätten zurechnen können [2]). — Anders der Beistand. Dieser wird nie Treuhänder. Denn er kann als gesetzlicher Vertreter nicht Eigentümer des Sammelvermögens werden und handelt stets in fremdem Namen. Wessen Vertreter ist er aber? Insofern als er an die Stelle der Sammler tritt, könnte er als deren Vertreter angesehen werden; so insbesondere wenn er nur wegen Verhinderung derselben berufen wird und also nur deren Treuhänderbefugnisse auszuüben hat. In denjenigen Fällen aber, wo die Sammler wegen Unfähigkeit oder Missbrauch abgesetzt worden sind, hat er auch Treugeberrechte zu verfolgen. Demzufolge wäre er also Vertreter des Staates, der ja die Treugeberrechte des nicht rechtsfähigen Sammelunternehmens wahrzunehmen hat [3]). Dies ist eine Konsequenz aus der ganz eigenartigen Stellung des Sammelunternehmens, die gezogen werden muss, solange das Sammelunternehmen nicht gesetzlich zur juristischen Person gemacht wird, welch letzteres hinwiederum praktisch nicht notwendig und in mancher Beziehung gar nicht wünschenswert ist.

Der Beistand befindet sich also in der Stellung des Treugebers und hat grundsätzlich dessen gesamte Befugnisse. Diese werden allerdings durch das Aufsichts- und Zustimmungsrecht der Vormundschaftsbehörden (Art. 419 II, 420 bis 423) etwas eingeschränkt. Während z. B. die Sammler den Sammelzweck bei Unmöglichkeit nach ihrem Ermessen

---

[1]) Schless 61 a. E.
[2]) Schless 6.
[3]) Siehe 101 f.

selbständig ändern können und die Vormundschaftsbehörde nur bei willkürlicher Zweckänderung gegen sie vorgehen darf [1]), kann der Beistand wegen des Art. 419 II den Zweck ohne Einverständnis mit der Vormundschaftsbehörde nicht ändern. Es sind zwei Gruppen von Aufgaben des Beistandes zu unterscheiden: Dieser hat nämlich die aus unsorgfältiger oder missbräuchlicher Geschäftsführung der Sammler sich ergebenden Rechte zu verfolgen und die Tätigkeit dieser früheren Treuhänder fortzusetzen.

Was zunächst die eigentliche Verwaltung und Verwendung des Sammelvermögens betrifft, so sind hier die allgemeinen Regeln des Vormundschaftsrechts über eine sorgfältige Verwaltung und Rechnungsführung massgebend. Bei Übernahme des Amtes ist, falls keine genügende Aufzeichnung und Buchführung vorhanden ist, ein Inventar der Aktiven und Passiven aufzustellen, und zwar unter Umständen ein öffentliches Inventar (Art. 398). Die Verwahrung und Veräusserung bestimmter Vermögenswerte nach Art. 399 ff. ist beim Sammelvermögen nicht tunlich, da dieses nicht auf lange hinaus erhalten, sondern möglichst bald verwendet werden soll. Bares Geld ist jedoch bei voraussichtlich längerer Dauer der Beistandschaft zinstragend anzulegen. Erträgnisse fallen natürlich ins Vermögen. Der Beistand hat für die Erhaltung desselben zu sorgen, gezeichnete Beiträge einzufordern oder einzutreiben, nötigenfalls Prozesse zu führen (Art. 421 Ziff. 8) usw. Er kann sich jedoch in zwei Richtungen nicht auf die Erhaltung, wie es Art. 419 I fordert, beschränken. Sind die vorhandenen Mittel ungenügend zur Erreichung des Sammelzweckes und ist den Umständen nach auf weitere Beiträge zu hoffen, so hat er die Sammeltätigkeit fortzusetzen [2]), wozu möglicherweise die Anstellung von Hilfskräften nötig ist, denen gegenüber der Beistand als Dienstherr oder Auftraggeber auftritt. Zur Fortsetzung der Sammlung hat der Beistand keine besondere

[1]) Siehe 103 f.
[2]) Trüeb 87; Egger Art. 419, 3*a*; Kaufmann Art. 419 N. 9.

Ermächtigung der Vormundschaftsbehörde einzuholen, da es sich hierbei nicht um Verfügungen gemäss Art. 419 II, sondern um unentgeltliche Zuwendungen handelt. Der Erhaltung des Vermögens geradeswegs zuwiderhandeln muss der Beistand, sobald das Vermögen dem Sammelzweck zugeführt werden soll. Hierzu ist die Ermächtigung der Vormundschaftsbehörde erforderlich, da er zu dieser Verfügung nach Art. 419 II nicht selbständig befugt ist [1]).

Die Treugeberfunktionen des Beistandes bestehen in erster Linie in der Verfolgung derjenigen Ansprüche, die dem Sammelvermögen durch Verschulden der Sammler entstanden sind. Die Sammler haften nicht nur für die in ihren eigenen Angelegenheiten aufzuwendende Sorgfalt, sondern für jedes Verschulden; da sie die Treuhänderstellung gegenüber der Öffentlichkeit übernommen haben, dürfen sie sich auch keine leichte Fahrlässigkeit zuschulden kommen lassen. Haben die Sammler Vermögenswerte veruntreut, so ist der Beistand zur Strafanzeige legitimiert. Die zivilrechtlichen Ansprüche gehen auf Schadenersatz bzw. auf Herausgabe noch vorhandener Gegenstände, sei es dass diese aus dem Sammelvermögen selber stammen oder aus den veruntreuten Werten angeschafft worden sind [2]). — Zu den Treugeberrechten gehört ferner die Bewahrung des Sammelvermögens vor der Inanspruchnahme durch die Privatgläubiger der Sammler. Der Beistand hat Aussonderung aus dem Konkurs zu verlangen oder Widerspruch gegen die Pfändung zu erheben. — Für Verbindlichkeiten des Sammelvermögens dagegen kann der Beistand die Sammler nicht haftbar machen, auch nicht für solche, die sich als unzweckmässig herausstellen, die die Sammler aber in guten Treuen und ohne Fahrlässigkeit eingegangen sind [3]).

Wie gegenüber den Sammelunternehmungen im allgemeinen hat die Vormundschaftsbehörde auch gegenüber

---

[1]) Kaufmann Art. 419 N. 9.
[2]) Über das Surrogationsprinzip siehe 102.
[3]) Über die beschränkte Haftung siehe 102 f.

dem Beistand das Recht und die Pflicht zur Beaufsichtigung. Während aber die Aufsicht über die Sammler auf Art. 393 beruht, ist sie dem Beistand gegenüber auf das vormundschaftsrechtliche Verhältnis zwischen Behörde und Beistand als vormundschaftlichen Organen zurückzuführen. Darum geht sie auch inhaltlich in den beiden Fällen nicht gleich weit. Gegen die Sammler darf die Vormundschaftsbehörde nur einschreiten, wenn diese entweder schuldhaft, sei es fahrlässig oder vorsätzlich, gehandelt haben oder zur Verwaltung tatsächlich unfähig sind. Der Beistand dagegen muss sich nach den allgemeinen Grundsätzen des schweizerischen Vormundschaftsrechts [1]) auch ohne Verschulden eine Korrektur seiner Handlungen gefallen lassen, wenn diese objektiv unzweckmässig sind. So muss man auf Grund von Art. 420 jedermann ein Beschwerderecht gegen den Beistand einräumen, da wegen des dem öffentlichen Wohle dienenden Zweckes (theoretisch) jedermann ein Interesse an dem Sammelunternehmen hat.

[1]) Siehe § 4 30 und Anm. 3.